

**A TEORIA DE POSNER E SUA APLICABILIDADE À ORDEM
CONSTITUCIONAL ECONÔMICA BRASILEIRA DE 1988**

Everton das Neves Gonçalves

**DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COMO REQUISITO À OBTENÇÃO DO TÍTULO
DE MESTRE EM CIÊNCIAS HUMANAS - ESPECIALIDADE DIREITO**

orientador : Prof. Dr. Silvio Dobrowolski

**FLORIANÓPOLIS , SC
1997**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação

A TEORIA DE POSNER E SUA APLICABILIDADE À ORDEM
CONSTITUCIONAL ECONÔMICA BRASILEIRA DE 1988.

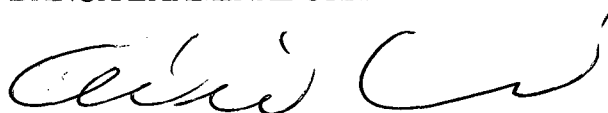
elaborada por

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora,
foi julgada adequada para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO

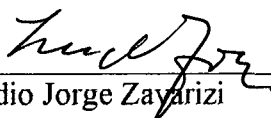
Florianópolis, SC, 12 de setembro de 1997

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski - Presidente

Prof. Dr. Hoyêdo Nunes Lins



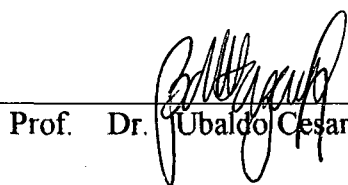
Prof. Dr. Índio Jorge Zavarizi

Professor Orientador:



Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski

Coordenador do Curso :



Prof. Dr. Ubaldo Cesar Balthazar

A aprovação do presente trabalho acadêmico não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e do CPGD/UFSC à ideologia que o fundamenta ou que nele é exposta.

DEDICATÓRIA:

Aos meus pais e irmã.

A minha querida filha Larissa como estímulo para sua caminhada nos estudos.

Aos que buscam no estudo uma razão para viver e progredir.

Aos meus jovens alunos como uma diminuta gota de entusiasmo para suas fainas diárias na conquista do saber.

AGRADECIMENTOS:

A Deus.

Aos meus pais que propiciaram meios bastantes para que eu chegasse a obter, a despeito de minha insignificância, um pouco da luz do conhecer pelos livros.

A Maricelma.

Aos meus professores que durante todo este tempo de formação escolar foram pacientes e dedicados na nobre arte de ensinar.

Ao Mestrado de Santa Catarina : Professores, funcionários e alunos que corroboraram em minha trajetória naquela mui distinta Instituição.

A Universidade do Rio Grande que acreditou no meu trabalho docente, e, em especial, ao Professor Ernesto Lobo que, além de substituir-me nas lides acadêmicas da Instituição de origem, em suas palavras sempre incentivou e viu-se *satisfeito em ver gente (...) ir mais longe, buscando, com seriedade um ideal, coisa que está fora de moda, mesmo porque, isso dá mão de obra (...)*.

A Professora Guiomar Estrella Faria que auxiliou disponibilizando-me, gentilmente bibliografia de sua propriedade.

Aos amigos de sempre que em momento algum me deixaram esmorecer. Em especial, aos amigos Milton, Ernesto, Ailton e à memória do Pedro.

Aos amigos de Santa Catarina que por aproximadamente três anos receberam-me em seu maravilhoso Estado.

Ao Professor Silvio Dobrowolski que me orienta nos árduos trabalhos de elaboração da dissertação de Mestrado.

Aos que, pacientemente, esperaram-me e compreenderam a ausência justificada em função dos longos dias de pesquisa.

Não poderemos trabalhar sem termos a esperança de que outros chegarão mais longe do que nós, num progresso que, em princípio, não tem fim. (...).

A intelectualização e racionalização crescentes não significam pois um crescente conhecimento geral das condições gerais da nossa vida. O seu significado é muito diferente; significam que se sabe ou se acredita que, em qualquer momento em que se queira se pode chegar a saber; que, portanto, não existem em torno da nossa vida poderes ocultos e imprevisíveis, mas que, pelo contrário, tudo pode ser dominado através do cálculo e da previsão¹.

Eu escrevo para propor minhas idéias aos que buscam a verdade. Quanto às pessoas que necessitam, no interesse de sua crença, que eu seja um ignorante, um espírito falso ou um homem de má fé, não tenho a pretensão de modificar seus julgamentos. Se essa opinião é necessária ao sossego de algumas pessoas piedosas, terei o maior escrúpulo em desiludi-las.²

¹ WEBER, Max .. *O político e o cientista*. Trad. de Carlos Grifo Babo. Lisboa : Editorial Presença, 1979.p. 119-122.

² RENAN, Ernest. *Vida de Jesus. Origens do Cristianismo*. São Paulo : Martin Claret. 1995. p.14.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

TABELAS

Tabela 1 - Escala da Procura do Produto X.....	65
Tabela 2 - Escala da Oferta do Produto X.....	67
Tabela 3 - Custos Fixos, Variáveis e Totais da Empresa K.....	70
Tabela 4 - Dados para um exemplo de maximização de lucros da empresa K em um mercado perfeitamente competitivo.....	72
Tabela 5 - Principais estruturas de Mercado segundo J. Marchal.....	78

GRÁFICOS

Figura 1 - Utilidade Marginal.....	60
Figura 2 - Utilidade Total.....	60
Figura 3 - Reta Orçamentaria.....	61
Figura 4 - Possibilidades de X e Y nos diversos graus de Utilidade.....	61
Figura 5 - Curva Renda - Consumo.....	63
Figura 6 - Curva Preço - Consumo.....	64
Figura 7 - Curva de Demanda de X.....	64
Figura 8 - Comportamento dos CFT, CVT e CT.....	68
Figura 9 - Curva de Produção Total.....	68
Figura 10 - Curva de Custo Médio e Marginal.....	69
Figura 11 - Curva de Produto Médio e Marginal.....	72
Figura 12 - Curvas e Receitas Totais.....	71
Figura 13 - Receita e Custos Médios.....	71
Figura 14 - Lucro e Prejuízo.....	71
Figura 15 - Aproximação Gráfica do Ponto de Equilíbrio Estável.....	74
Figura 16 - Equilíbrio da Firma em Concorrência Perfeita no Curto Prazo..	79
Figura 17 - Ajuste da Firma em Concorrência Perfeita no Longo Prazo.....	80
Figura 18 - Equilíbrio da Firma em concorrência Perfeita no Longo Prazo..	80
Figura 19 - Relação Demanda - Receita Marginal e Receita Total.....	81
Figura 20 - Equilíbrio a Curto - Prazo sob Monopólio.....	81
Figura 21 - Variação dos Custos em Monopólio.....	82
Figura 22 - Variação da Demanda em Monopólio.....	82
Figura 23 - Equilíbrio da Firma com aumento de custos que não afeta o mercado.....	185

Figura 24 - Equilíbrio da Firma com aumento de custos e preços que afeta
.....o mercado.....

185

LISTA DE ABREVIATURAS.

Ampliada.....	Ampl.
Atualizada.....	Atual.
Análise Econômica do Direito (<i>Law and Economics</i>).....	LaE
Artigo.....	Art.
Código Civil.....	CC
Conforme.....	Cf.
Constituição Federal de 1988.....	CF/88
Custo Total.....	CT
Custo Variável Total.....	CVT
Custo Fixo Total.....	CFT
Custo Total Médio.....	CTM
Custo Variável Médio.....	CVM
Custo Fixo Médio.....	CFM
Custo Marginal da Firma.....	CMF
Custo Marginal da Indústria.....	CMI
Decreto.....	Dec.
Decreto-Lei.....	Dec. L.
Demanda da Firma.....	DF
Demanda da Indústria.....	DI
Emenda Constitucional.....	E.C.
Estudos da Crítica Jurídica.....	ECJ
isto é.....	i.e.
Lei.....	L.
Lei Complementar.....	L.C.
Lei Delegada.....	L.D.
Receita Total.....	RT
Receita Marginal.....	RMg
Revisão.....	Rev.
Século.....	Séc.
Seguintes.....	ss.
Tradução.....	Trad.
Utilidade Marginal.....	UMg
<i>Verbi grati</i>	v.g.
Estudos da Crítica Jurídica.....	EJC.

RESUMO

A obra intenta incursão na temática da Teoria Econômica identificando seus principais institutos determinantes das Leis de demanda, de oferta e de eficiência econômica como instrumental teórico-analítico para o Direito. Assim, se descortinam os diversos enfoques dados ao Direito pelo Econômico, bem como as raízes economicistas da nova teoria, seus precursores teóricos, sendo abordado, ainda, com especial ênfase, o trabalho de Richard Posner intitulado *Economic Analysis of Law*, seus críticos e as possibilidades para a utilização das máximas da Escola denominada *Law and Economics* na *Civil Law*, em especial, quanto ao Direito Econômico Brasileiro constitucionalizado em 1988 no que diz respeito aos seus princípios.

RESUMO

GONÇALVES, Everton das Neves. *A Teoria de Posner e sua aplicabilidade à Ordem Constitucional Econômica de 1988*. Florianópolis. 1997. 390p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina.

Orientador : Silvio Dobrowolski

Defesa : 12/09/97.

A obra intenta incursão na temática da [Teoria Econômica] identificando seus principais institutos determinantes das Leis de demanda, de oferta e de eficiência econômica como [instrumental teórico-analítico] para o [Direito]. Assim, se descortinam os diversos enfoques dados ao Direito pelo Econômico, bem como as raízes economicistas da nova teoria, seus precursores teóricos, abordando-se, ainda, com especial ênfase, o trabalho de [Richard Posner] intitulado [*Economic Analysis of Law*], seus críticos e as possibilidades para a utilização das máximas da [Escola denominada *Law and Economics*] na *Civil Law*, em especial quanto ao [Direito Econômico Brasileiro constitucionalizado em 1988] no que diz respeito aos seus princípios.

ABSTRACT

The Work attempts an incursion at the Economic Theory's Thematic to identify its principals institutes that are determining the demand law, the supply law and economic efficiency like an analytical and theoretical instrumental to the Law. Thus, several points of view given from the Economic Theory to the Law are disclosing and too the economic bases of the new theory, its theoretical precursors, approaching yet, with special emphasis to the Richard Posner's Work called Economic Analysis of law, its criticals and the possibilities to use the maxims of the School called Law and Economics at the Civil Law, specially, at the Brazilian's Economic Law putted in the Constitution in 1988, mainly about its principles.

SUMÁRIO

Lista de ilustrações.....	v
Lista de tabelas.....	v
Lista de Gráficos.....	v
Lista de abreviaturas.....	vi
Resumo.....	vii
Abstract.....	viii
Prolegômenos.....	xvi
Introdução.....	1
1. Questões Preliminares.....	1
2. Questões Metodológicas.....	7
2.1 Identificação do Problema.....	7
2.2 Condições Material e Formal.....	10
2.3 Objetivos.....	11
2.3.1 Objetivo Geral.....	11
2.3.2 Objetivos Específicos.....	11
2.4 Justificativa.....	12
2.5 Embasamento Teórico.....	17
2.6 Processos Metodológicos.....	27
2.7 Plano de Desenvolvimento do Estudo.....	27

CAPITULO I A Teoria Econômica e o Direito.....	31
1.1 Introdução.....	31
1.2 Conceitos Econômicos : Generalidades.....	33
1.2.1 Economia.....	34
1.2.2 Ciência Econômica.....	35
1.2.3 Objeto da Ciência Econômica.....	38
1.2.4 Metodologia da Ciência Econômica.....	38
1.3 O Fenômeno Econômico e as Leis Econômicas.....	39
1.4 A Eficiência Econômica.....	47
1.4.1 A Optimalidade de Pareto.....	51
1.4.2 O Critério de Kaldor-Hicks.....	53
1.5 As Leis Básicas de uma Economia de Mercado.....	54
1.5.1 A Teoria da Utilidade.....	58
1.5.1.1 Utilidade Total e Utilidade Marginal.....	59
1.5.1.2 As Curvas de Indiferença.....	60
1.5.2 A Teoria do Consumidor.....	62
1.5.2.1 A Reta Orçamentaria.....	62
1.5.2.2 O Equilíbrio do Consumidor e as Curvas Renda-Consumo e Preço-Consumo.....	63
1.5.2.3 A curva de Demanda.....	64
1.5.3 A Teoria da Produção e do Custo.....	66
1.5.3.1 Dos Custos Totais.....	66
1.5.3.2 Dos Custos e Produto Médios e do Custo e Produto Marginal.....	68
1.5.3.3 A Curva de Oferta	72

1.5.3.4	Ponto de Equilíbrio - Oferta - Demanda.....	73
1.6	A Teoria da Firma e a Organização do Mercado.....	76
1.6.1	A Teoria do Preço nos Mercados de Concorrência Perfeita.....	78
1.6.2	A Teoria dos Preços sob Monopólio Puro.....	80
1.6.3	A Teoria dos Preços sob a Concorrência Monopolística.....	83
1.6.4	A Teoria do Preço nos Mercados de Oligopólio.....	84
1.7	Da Análise Custo-Benefício.....	86
 CAPÍTULO II A Escola <i>Law and Economics</i>		92
2.1	Introdução ao Tema e Generalidades.....	92
2.2	Aspectos Históricos.....	101
2.3	Enfoques da <i>Law and Economics</i>	110
2.3.1	O Enfoque Tradicional da Escola de Chicago.....	113
2.3.2	O Enfoque Neo-institucional	119
2.3.3	O Enfoque da Escolha Pública <i>Public Choice</i>	124
2.3.4	O Enfoque dos Estudos da Crítica Jurídica.....	126
2.4	Das Possibilidades da <i>Law and Economics</i> e seu Embasamento Filosófico.....	130
2.4.1	Instrumentalizar o Direito.....	130
2.4.2	Das Possibilidades da <i>Law and Economics</i>	137
2.4.3	Embasamento Filosófico da <i>Law and Economics</i>	141
2.4.3.1	Da Ética.....	146
I -	Do Egoísmo.....	150
a)	Do Egoísmo Psicológico.....	151

b)	Do Egoísmo Racional.....	152
c)	Do Egoísmo Ético.....	152
II -	Do Intuicionismo.....	154
III -	Do Utilitarismo.....	155
2.4.3.2	Do Pragmatismo.....	160
2.4.3.3	Da Filosofia Economicista	162
2.5	Os Precursores Teóricos.....	166
2.5.1	As Teorias de Calabresi.....	166
2.5.2	As Teorias de Ronald H. Coase.....	171
2.6	As Teorias de Posner (<i>Common Law</i>).....	175
2.6.1	O Direito de Propriedade.....	181
2.6.2	O Direito Contratual e a Responsabilização Civil.....	186
2.6.3	Regulação do Mercado pelo Poder Público.....	196
2.6.4	A Constituição e a <i>Law and Economics</i>	198
2.7	A Crítica.....	199
2.7.1	A Crítica de Ronald Dworkin.....	201
2.7.2	A Crítica sob o Enfoque Habermasiano.....	204
2.7.3	A Crítica sob o Enfoque de John Rawls.....	207
2.8	A <i>Law and Economics</i> e a <i>Civil Law</i>	208

CAPITULO III : O Direito e o Econômico: O Direito Econômico e a

	Constitucionalização Econômica Brasileira - <i>Civil Law</i>	213
3.1	Introdução ao Tema e Generalidades.....	213
3.2	Ordem : Apreciação Doutrinária.....	214

3.2.1	Conceito de Ordem.....	217
3.2.2	Ordem Econômica.....	219
3.2.3	Ordem Jurídica.....	220
3.3	O Direito como Ordenador da Economia: O Direito Econômico	222
3.3.1	Conceito de Direito Econômico e Generalidades	223
3.3.2	Metodologia do Direito Econômico.....	228
3.3.3	Evolução Histórica do Direito Econômico.....	230
3.3.3.1	Os Precursores Teóricos.....	231
3.3.3.2	Origens Históricas do Direito Econômico.....	232
3.3.4	O Sujeito do Direito Econômico.....	234
3.3.4.1	Do Estado como Sujeito de Direito Econômico.....	235
3.3.4.2	Da Empresa Privada como Sujeito de Direito Econômico.....	236
3.3.5	O Objeto do Direito Econômico e seu Conteúdo.....	239
3.4	Das Normas de Direito Econômico.....	240
3.5	Da Competência Constitucional para Legislar sobre o Econômico.....	245
3.6	O Direito Constitucional Econômico.....	249
3.6.1	Introdução e Noções sobre a Constituição.....	250
3.6.2	Conceito de Constituição Econômica.....	264
3.6.2.1	O Conteúdo Econômico nas Constituições.....	266
3.6.2.2	A Democracia Econômica em meio à Prática Política Brasileira.....	269
3.6.3	Evolução Histórica do Direito Econômico nas Constituições.....	278
3.6.4	A Constituição Econômica na História das Constituições Brasileiras.....	281

CAPITULO IV: Concretude do Direito: Velhas e Novas Opções: A interpretação

	Jurídico-Formal e a <i>Law and Economics</i> como Possibilidades na	
	Realização da Ordem Constitucional Econômica de 1988.....	285
4.1	Introdução.....	285
4.2	Hermenêutica Jurídica.....	291
4.2.1	Da Interpretação da Lei: Conceito e Generalidades.....	293
4.2.1.1	Conceito.....	296
4.2.1.2	Justificativa para a Interpretação.....	298
4.2.1.3	Objeto da Interpretação.....	299
4.2.1.4	Classificação dos Processos de Interpretação	299
4.2.1.5	Os Métodos Modernos de Interpretação.....	300
4.2.2	Interpretabilidade do Direito Constitucional.....	302
4.2.2.1	Peculiaridades.....	302
4.2.2.2	Objetivo da Interpretação Constitucional.....	304
4.2.2.3	Princípios na Interpretação Constitucional.....	305
4.2.2.4	Métodos de Interpretação Constitucional.....	306
4.3	A Moderna Técnica Analítico-Interpretativa <i>Law and Economics</i>	311
4.3.1	<i>Law and Economics</i> : Análise ou Interpretação ?.....	312
4.3.2	<i>Law and Economics</i> e os Princípios Gerais da da Ordem Econômica na	
	Constituição Brasileira de 1988.....	317
4.3.2.1	Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica.....	321
4.3.2.2	Soberania Nacional.....	322
4.3.2.3	Propriedade Privada.....	324
4.3.2.4	Função Social da Propriedade.....	327

4.3.2.5	Livre Concorrência.....	329
4.3.2.6	Defesa do Consumidor.....	333
4.3.2.7	Defesa do Meio Ambiente.....	341
4.3.2.8	Redução das Desigualdades Regionais e Sociais.....	343
4.3.2.9	Busca do Pleno Emprego.....	344
4.3.2.10	Tratamento Favorecido para as Empresas de Pequeno Porte Constituídas sob as Leis Brasileiras e que Tenham sua Sede e Administração no País...	345
4.3.3	Análise da Intervenção do Estado no Domínio Econômico.....	347
CONCLUSÃO.....		354
ANEXOS.....		360
Índice de Legislação.....		360
Extrato da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.....		364
História para Larissa.....		368
GLOSSÁRIO.....		373
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....		378
Referências Bibliográficas - geral.....		378

PROLEGÔMENOS

Avante na vida e nos estudos !!!

Continuamos a acreditar que esta é uma das melhores formas de entender e melhor realizar a conquista de vitórias no surpreendente processo de viver. A cada período de tempo que transcorre, a humanidade progride aumentando, inexoravelmente, seu domínio tecnológico, seu progresso material, e sua capacidade de entendimento próprio, espiritual e do mundo que a circunda toda vez em que se prioriza o árduo trabalho da pesquisa e do estudar. Assim, o estudo, segundo nosso ponto de vista, é o grande propulsor dos mais variados avanços que levam o homem a crescer material e espiritualmente.

Não existem muitas outras oportunidades que apresentem tanta satisfação pessoal como as conquistas inerentes às muitas sacrificadas horas de dedicação aos livros em busca de novas respostas para problemas e ansiedades que, sempre e insistentemente, estão a pulular em nosso íntimo. Escolhemos, pois, o caminho dos estudos para, assim, auxiliarmos, de forma humilde, na consecução de um objetivo maior, que, em nossa esfera, traduz a simples tarefa de proporcionar a nossos queridos alunos o instrumental eficiente que os possam levar à maximização de seu tempo e recursos no entendimento do Direito.

A propósito destas palavras: Direito, maximização e eficiência, surge-nos, então, uma difícil tarefa; qual seja, a de explanar as idéias de uma nova maneira de interpretação ou análise do Direito denominada Análise Econômica do Direito ou *Law and Economics* como é conhecida tal teoria nos Estados Unidos da América onde foi, inicialmente, desenvolvida. Este é nosso propósito junto ao Mestrado da Universidade Federal de Santa Catarina, no qual, buscamos desenvolver a curiosidade científica satisfazendo antiga ansiedade quanto à possibilidade de encontrar ponto de harmonia entre o Direito e a Ciência Econômica.

Tivemos, sim, oportunidade ímpar na área da pesquisa junto ao Centro de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina onde desenvolvemos trabalho intenso nas áreas de Instituições Jurídico-Políticas e de Relações Internacionais; concluindo todos os seus créditos exigidos e, ainda, participando de eventos tais como: a Segunda Reunião da Associação Latino Americana de Direito e Economia - *Law and Economics* - realizada em julho de 1996 em Buenos Aires - Argentina; o Primeiro Seminário Internacional de Direito Comunitário do Mercosul promovido em novembro de 1996 na cidade de Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brasil e o Primeiro Congresso de Magistrados do Mercosul ocorrido em

novembro de 1996 na cidade de Florianópolis, Santa Catarina, Brasil.

Em meio a créditos e disciplinas acadêmicas, em meio às conversas e debates com os colegas em aula, chegamos à conclusão de que havia um caminho a demonstrar inegável proximidade do Direito com a Economia; fato que levou-nos a dedicar a pesquisa e elaboração de nossos *papers* a temas que relacionassem os ditos ramos do conhecimento. Decorrente deste empreendimento, surgiu nossa obra denominada **Direito, Economia e Interdisciplinaridade³**, onde procuramos, em um enfoque eclético, demonstrar as diversas ligações e aplicações da Teoria Econômica ao Direito. Já com tal suporte técnico de pesquisa, empreendemos viagens à Brasília, São Paulo, Campinas, Belo Horizonte, Porto Alegre, Buenos Aires, e outros centros de cultura onde se fez possível visitar bibliotecas tais como a do Senado, da Procuradoria Geral da República, da Associação Alumni de São Paulo e de Brasília, da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, da Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo da Faculdade de Economia da Universidade de Campinas, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, da Universidade Notarial Argentina, além de diversas livrarias. Objetivamos, então, realizar a pesquisa bibliográfica para o presente trabalho e descobrimos que pouco existe no Brasil e na Argentina a respeito. Além disso, encontramos a maioria das obras, sobre o assunto, em Faculdades de Economia, sendo, o tema, com raras exceções, ainda, não, especificamente, tratado nas Faculdades de Direito Brasileiras.

A bem da verdade, destacamos como pesquisadores da área jurídica atuantes na pesquisa do tema, no Brasil, o Professor João Bosco Leopoldino da Universidade Federal de Minas Gerais e a professora Guiomar T. Estrella Faria da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Aliás, é de nosso conhecimento que obra diretamente relacionada com a doutrina *Law and Economics*, publicada no Brasil, pertence à preclara professora⁴.

Fruto do trabalho de pesquisa intenso desenvolvido em aproximadamente 2 anos e meio, criamos a disciplina Direito e Economia na Fundação Universidade do Rio Grande. Instituição

³ A referida obra ainda não encontra-se publicada, sendo porém registrada na Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro sob número 115272 livro 174 fls. 136 em 1 de agosto de 1996.

⁴ À ilustre professora nosso reconhecimento por seu desprendimento ao disponibilizar sua bibliografia e incentivar-nos neste novo tema a ser desenvolvido e melhor utilizado pelos operadores brasileiros do Direito. A obra de sua autoria denominada *Interpretação Econômica do Direito* é pioneira, sobre o assunto, no Brasil. Ver in . FARIA, Guiomar Therezinha Estrella . *Interpretação Econômica do Direito*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1994.

Federal situada na cidade do Rio Grande, Estado do Rio Grande do Sul onde pretendemos repassar nossos conhecimentos adquiridos.

Enfim, justificamos aqui nossos esforços e interesse pela disciplina inovadora da Análise Econômica do Direito doravante denominada LaE e pretendemos, ainda que perfunctoriamente, ter informado, a quem possa ler este trabalho, das necessidades e das possibilidades, no campo da pesquisa, para a consecução de uma tarefa dissertativa envolvendo dedicação integral e obstinação quanto aos objetivos a serem alcançados.

A pesquisa, pois, objetiva a apresentação do movimento jurídico-econômico denominado *Law and Economics*, com específica ênfase ao enfoque Posneriano, bem como, demonstrar a possibilidade de sua aplicação ao Direito Pátrio, em atenção especial à fundamentação principiológica do Ordenamento Constitucional Econômico de 1988.

Esperamos ver recompensado nosso trabalho com a satisfação de verificar a utilidade de tais apontamentos na vida dos Senhores Leitores. Uma vez afastados os complexos modelos matemáticos, resta um manancial teórico de estupenda utilidade quanto à difícil mas inevitável tomada de posição ante os mais diversos questionamentos do viver. Trata-se da descoberta e aplicação de nova maneira de analisar o problema jurídico segundo método próprio ao exercício da vontade, seja normativa, quando da elaboração da norma e funcionalização do Direito, seja positivista, na verificação real do fenômeno social e prospecção de futuras possibilidades fenomenológicas. É, em verdade, a real possibilidade de ser elaborada uma nova Teoria Geral do Direito e de aplicar metodologia inovadora que permita a *escolha*, dentre as opções de política jurídica que se apresentem aos legisladores e aos juizes, de forma a, eficientemente, ser obtido o melhor emprego dos escassos recursos e o bem-estar social.

Sigamos então em nossa trajetória.

INTRODUÇÃO

1. Questões Preliminares. 2. Questões Metodológicas. 2.1 Identificação do Problema. 2.2 Condições Material e Formal. 2.3 Objetivos. 2.3.1 Objetivo Geral. 2.3.2 Objetivos Específicos. 2.4 Justificativa. 2.5 Processos Metodológicos. 2.6 Plano de desenvolvimento do Estudo.

Quando o ponto de partida não é a admiração ante a ordem preexistente no ser, senão a dúvida que existe nessa ordem, o problema fundamental deixa de ser o direito justo e passa a sê-lo, como disse Stammler (*Theorie der Rechtswissenschaft*, 2ª ed. 1923, pp. 14 e ss.), o do *conhecimento do direito*. Ao negar-se ao direito sua própria onticidade se o converte em um mero conceito nominal, em denominação genérica que designa o conjunto de leis criadas pela onipotência do legislador (positivismo). (em espanhol no original).¹

1. QUESTÕES PRELIMINARES

Hodiernamente, presencia-se forte questionamento popular sobre a atuação do Poder Judiciário, do Executivo e do Legislativo, a despeito do posicionamento conservador de certa parte da magistratura² e de membros dos outros Poderes, no que diz respeito à sua eficiência na solução das lides e na elaboração e aplicação do Direito que, também, se vê questionado. Diversas dúvidas estão a atormentar a sociedade e algumas delas podem ser apresentadas como segue: O que esperar do Direito, hoje ? Qual a perspectiva inovadora que pode levar a uma forma de reciclagem do instituído ? Como não se rebelar contra um *senso comum teórico dos operadores jurídicos* que, em meio a ideais distintos de justiça e à nefasta formalidade dos códigos, prazos e recursos, se perde em busca da resposta que parece não querer perceber ? Deve-se falar da *morte do Direito*?

Essas são algumas questões que, ainda, podem ficar mais complicadas caso seja abordada a questão da existência de um Direito eterno, natural e apriorístico contrária ao posicionamento positivista em que o Direito é construído em função do fenômeno social e da legislação.

Aliás, aqui, já surge idéia que, apesar de infeliz, não raras vezes, acode à cabeça dos operadores jurídicos menos avisados. Propugnam, eles, que talvez fosse aconselhável desacreditar o fenômeno social e fazer de contas que a chacina da Candelária, a truculência dos

¹ ARTHUR KAUFMANN e WINFRIED HASSEMER. Trad. Gregorio Robles et al. *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. edición española. Madrid : Editorial Debate, 1992. p.39.

² Durante a Segunda Reunião da Associação Latino Americana de Direito e Economia - *Law and Economics* - realizada em julho de 1996 em Buenos Aires - Argentina a Professora Maria Teresa Sadek da Universidade de São Paulo expôs interessante relatório sobre sua pesquisa denominada: *La crisis del Poder Judicial vista por los Jueces: resultados de una investigación cuantitativa* em que ella conclui:

Los valores y normas del propio Poder Judicial constituyen el punto de referencia más fuerte de los jueces cuando éstos son evocados a reflexionar sobre la llamada 'crisis del Poder Judicial'.

policiais de Diadema em São Paulo ou em Cidade de Deus no Rio de Janeiro ou a marcha dos *sem Terra* até Brasília, efetivamente, não refletem um sistema normativo-judicial deficiente, ou que, por outro lado, se devesse acreditar que o excesso de processos que acumulam as prateleiras forenses é fruto do exercício democrático, quando a realidade dos fatos indica o acúmulo, sim, mas de desmandos normativos que desconhecem os mínimos direitos inseridos e não defendidos dentro do próprio sistema.

De outra maneira, se o modelo jurídico puro kelseniano não responde às necessidades sociais, parece que alguns *experts* logo levantam as bandeiras extremistas que levam ao outro lado do movimento pendular da vida. Desacreditam-se as instituições, os sistemas jurídicos e idealizam-se sociedades perfeitas à margem do legal-instituído que se faz substituir por fetiches ideológicos e manipuladores da real vontade popular.

Talvez, a guiar uma solução intermédia, ainda restasse a necessária pesquisa e a inovação em favor de um Direito que, embora habitualmente envolvido pelo descrito movimento pendular que o faz trilhar os caminhos do extremismo de um discurso ora totalmente liberal, ora absolutamente dirigente, ainda perpassando o intervencionismo; pudesse alcançar outro tipo de discurso possibilitador de trânsito para os dois lados extremados do viver. Assim, tanto os possuidores como os despossuídos, tanto os incluídos como os excluídos, tanto jurisdicionados como os não jurisdicionados passariam a ter um canal de acesso à justiça não como ideal não alcançável pela sua grandiosidade, mas como solução instrumentalizadora do real e momentâneo que urge uma decisão pragmática e eficiente.

Esse é o Direito que acompanha, inevitavelmente, a fenomenologia social - ou, que pelo menos, deveria fazê-lo - de forma que, conforme a ideologia político-social-econômica adotada para o Estado, servisse como instrumento para fazer ouvir a voz de todos que dele necessitem para a solução de seus conflitos e para o reconhecimento de seus direitos e garantias considerando a pluralidade de uma sociedade que não se pode ver submetida ao individual ineficiente e ao casuísmo das arbitrariedades.

Apesar disso, o que se detecta é uma Ordem Normativa ameaçada pelos mandos e desmandos do poder, enquanto os *operadores jurídicos* enganam-se desviando suas atenções para as picuinhas formais que os impedem do filosofar imediato quanto às prioridades de mérito voltadas à solução do real.

Sim, o filosofar crucial e urgente sobre questões chaves tais como o que é o Direito? O que é a Justiça? Qual é a verdadeira ansiedade do povo? Qual é a máxima que deve subordinar

o mérito jurídico-legal? Qual é a ontologia do discurso jurídico? Qual a eficiência de sua retórica? O que pode explicar de forma a justificar ou substituir padrões éticos que, possivelmente, se encontrem questionados dentro das atuais perspectivas humanas?

Surge, então, quanto ao Direito e suas possibilidades, fator para análise que se faz interessante. Trata-se da dicotomia - se é que, realmente, existe - entre o Direito e a Economia que leva a ser discutida, v. g. , a questão da governabilidade em meio a disputas acaloradas entre aqueles que são adeptos de um comportamento técnico-racional maximizador de resultados e outros defensores da prática técnico-legal e formalista.

A crise do Estado intervencionista ou *Welfare-State*³ contribuiu para que fossem discutidos pontos de estrangulamento do sistema como um todo, procurando-se alternativas que viabilizassem as instituições dentro de um contexto social carente de soluções para problemas imediatos como, v.g., os verificados no Direito visto conforme solução de conflitos sociais.

Nos Estados Unidos da América, até os anos trinta, a intervenção estatal na Ordem Econômica - de mercado - era tida como extraordinária; após, mais especificamente depois de 1933, com a instalação do *New Deal*, o intervencionismo passou a ser a prática estatal e, em decorrência disso, surgiu movimento questionador dos valores sagrados do Direito norte-americano denominado *Realismo Jurídico*, que fez abandonar o estreito caminho de uma jurisprudência não questionada, que levou ao extremismo da insegurança dos julgados⁴, ocasionando, não raras vezes, possível arbitrariedade por parte dos juizes em aplicar o Direito, segundo sua estrita visão pessoal.

Apresentaram-se algumas opções para o entendimento do Direito; uma delas determinou-se em reação tida como de caráter construcionista e de resposta ao Realismo Jurídico norte-

³ Estado do bem-estar social é aquele Estado voltado para uma ideologia intervencionista que abandonou a prática econômica dos clássicos em detrimento das idéias mais aproximadas com as de John Maynard Keynes e sua *General Theory*.

Sobre o trabalho intelectual de Keynes ver in KEYNES, John Maynard - *Teoria Geral do Emprego, do Juro e do Dinheiro*, Fundo de Cultura: Rio de Janeiro, 1964

O puro liberalismo econômico verificado antes dos anos trinta deu lugar, com a crise mundial, a um Estado forte e determinante das políticas sociais com reflexos indeléveis verificados na ordem econômico-político-jurídica.

Sobre a evolução da Economia do Bem-estar ver A. CASAHUGA. *Fundamentos normativos de la acción y de la organización social*. Ariel: Barcelona. 1985; também, verificando J. M. Colomer, *El Utilitarismo. Una teoría de la acción racional*. Montesinos: Barcelona. 1987. pp. 80-95 que analisam sua evolução e ligação com o utilitarismo.

⁴ Bruce A. Ackerman apresenta obra interessante em que relata a evolução do Direito norte-americano - *Common Law* - que, oriundo de um Estado não intervencionista, a partir de 1933, chega a um legado realista em que o Direito perde sua generalização, criando-se jurisprudência diversificada e tão somente conforme ao juiz da causa. Após este instante perigoso para a segurança jurídica, verifica-se o chamado reconstitutivismo do Direito que ainda é, segundo Ackerman, um discurso retórico de poder. Diz ele sobre os propósitos de sua obra: *Mi propósito es explorar, en términos generales, el modo en que la legitimidad de un Estado intervencionista remodela de modo fundamental el lenguaje familiar de la agenda del jurista y obliga a la profesión a plantear nuevas preguntas de un modo también nuevo dentro de un marco institucional cambiante*. Para maiores informações a respeito do momento inerente ao desenvolvimento do Realismo Jurídico norte-americano e surgimento do pós-realismo-construtivista em que, inclusive, a LaE resulta; ver in ACKERMAN, Bruce. *Del Realismo al Constructivismo Jurídico*. Trad. Juan Gabriel López Guix. Barcelona: Editorial Ariel. 1988. p.17.

americano⁵, em uma tentativa de volta as *stare decisis* e à instalação de um novo linguajar que convencesse e justificasse a práxis econômica e seu discurso. Ocorreu, desta forma, uma espécie de transição entre o velho Direito Econômico e o novo Direito e Economia.⁶

Enquanto o velho Direito Econômico cuidava das legislações Antitruste, de política fiscal e outras de caráter macroeconômico, o novo Direito e Economia - *Law and Economics*, que, posteriormente, tornou-se disciplina autônoma, doravante denominada LaE, - tratou de aplicar as premissas básicas da microeconomia, subdivisão metodológica da Teoria Econômica, aos diversos ramos do Direito não, especificamente, afeitos ou ligados às políticas econômicas. Passou, então, a LaE a ser aplicada na análise dos campos diversos da *Common Law* tais como os inerentes aos *Property Rights*, ao *Law of Torts* e ao *Contract Law*, além, é claro, dos demais ramos do Direito norte-americano. Richard A. Posner⁷ foi um dos pioneiros, nesta prática, ao empregar a Teoria Econômica em campos tais como o Direito de Família, o Direito de Propriedade, o Direito Contratual, o Direito de Reparação de Ilícitos Cíveis, o Direito Penal e o Direito Constitucional, dentre outros.

O movimento alternativo ao Direito norte-americano instituído cresceu e foi difundido tomando diversos enfoques. Um deles, a LaE, encontra-se, atualmente, consagrada nas melhores *Law Schools* dos Estados Unidos e prospera no entendimento e aplicação quanto à *Civil Law* em Países Europeus e, mais recentemente, em alguns Países como a Argentina e o Brasil.

Intenta-se, pois, uma abordagem da temática inerente à LaE introduzindo dados históricos, premissas econômicas e elaboração doutrinária com vistas a uma possível indicação de aplicabilidade de seu arcabouço teórico à realidade Constitucional Econômica Brasileira de 1988, mais especificamente, quanto à principiologia adotada na Ordem Econômica; além de conjecturar-se proposta de soluções para questionamentos implícitos à LaE tais como os

⁵ Neste mesmo sentido, Horwitz manifesta: *Law and Economics emerges to fill the intellectual vacuum left by Legal Realism. It is one of the many responses to the Realist critique of all attempts to create a completely autonomous and internally consistent realm of "pure law"*. Ver in HORWITZ, Morton J. *Law and Economics : Science or Politics*. *Hofstra Law Review.*, n° 8. 1980 . pp. 905-912.

Também Pedro Mercado Pacheco certifica que: *El AED ha sido considerado como heredero de la vertiente del realismo denominada "policy science" o "cientific branch", en tanto que expresa un intento por reconstruir una teoría objetiva y realista del análisis legal desarrollada a partir de los instrumentos proporcionados por la ciencia económica.* in PACHECO, Pedro Mercado . *El Análisis Económico del Derecho. una reconstrucción teórica*. Colección El Derecho y la Justicia. Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1994. p. 204.

⁶ Ao abordar o, então, novo discurso de Ronald H. Coase, Bruce Ackerman refere a uma continuidade entre o velho Direito Econômico e a nova "Análise Econômica do Direito" explicitando: *Sólo con el nuevo "análisis económico del Derecho", el movimiento se convierte en un verdadero reto para la ortodoxia realista porque entonces es cuando se hace evidente que el realismo está siendo puesto en duda no sólo aquí y allá, sino casi en todas partes por juristas que se nutren de un fondo común de ideas constructivas. El todo cultural se está haciendo más grande que la suma de sus partes. Cuando se suma al nuevo el viejo "análisis económico del Derecho", el resultado no es dos discursos legales especializados sino un discurso jurídico general.* Ver in ACKERMAN, Bruce. *Del Realismo al Constructivismo Jurídico*. Op. cit. p.85.

⁷ Ver in POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Boston : Little Brown , 1977.p. 15 e 16.

seguintes:

Quais são, em realidade, os efeitos e incentivos produzidos pelas normas jurídicas no meio social ?

O comportamento equitativo e eficiente pode ser induzido por normas jurídicas ?

O risco é atribuído de forma eficiente pelas normas jurídicas ?

Como podem ser avaliados os resultados de um sistema jurídico cujos incentivos os induzem ?

As normas devem primar por uma melhor distribuição em função de eficiência e em detrimento de justiça ?

Deve, o julgador, comportar-se, frente ao caso concreto; solucionando a lide entre as partes de forma eficiente, maximizando resultados e induzindo comportamentos segundo seu julgado conforme às expectativas da LaE ?

A LaE foi inserida no estudo do Direito, no final da década de sessenta e faz, hoje, questionar senão, como última substância do Direito, sua racionalidade econômica; pelo menos, apresenta surpreendente capacidade metodológica para a análise do fenômeno jurídico, propiciando-lhe método seguro de avaliação das diversas situações, evitados os desconfortos da política e da aleatoriedade na escolha de critérios de justiça.

Em última análise, ao se questionar a LaE, se está a fazê-lo em relação ao próprio conceito de Direito. De fato, para muitos pesquisadores, trata-se, o Direito e seu ideário, de um fenômeno natural, de um *a priori*, de um valor eterno de justiça onde resta obter sua compreensão - ou algo que se aproxime disto - para a solução da lide ou do fenômeno social presente e concreto onde esses ideais de justiça, muitas vezes, não se apresentam compatíveis à realidade do legislador e do jurista. Em assim sendo, resta, ao homem, apropriar do ideário de justiça da forma mais abrangente e isenta possível.

Uma das formas trata de uma atitude política em relação aos supostos valores maiores e, então, no caso da *Civil Law*, o legislador arvora-se, legitimado pelo seu mandato e pela instituição que ele mesmo criou - Casa Legislativa - a ditar o *prius* jurídico que, por curiosidade, apesar do ideário *ad eternum* de Justiça, modifica-se, ocasionalmente, segundo o sabor das conveniências políticas.

Outra maneira de apropriar o ideal de justiça é a manutenção de um mínimo de equidade que leve ao justo. Mas, mesmo aqui, vê-se, o magistrado, envolto no adágio romano em que ao *máximo direito corresponde á máxima injustiça*; além do que, ao tratar dos diferentes,

deve fazê-lo de forma desigual mas, pergunta-se, com que critérios ? Quais parâmetros devem ser adotados para a obtenção da desejada equidade? Devem ser escolhidos por inspiração - o que seria bem melhor em outro estágio de avanço da humanidade - ou por aleatória decisão humana ?

Bem, os pensadores racionalistas da LaE e das *Economic Scholls* não fogem do fato de terem adotado um critério - ou método - que alguns criticam por ser supostamente ideológico, característico da economia de mercado capitalista, despreocupado com os outros possíveis parâmetros de julgamento inerentes da natureza humana ou, mesmo, calculista. De fato, a LaE, antes de tudo, é uma opção de justiça; uma opção de critério que, ao invés de ser aleatório e político, assume sua origem dentro do próprio sistema, para resolver problemas que lhe são apresentados neste contexto sistêmico sem recorrer a fórmulas outras que não a racionalidade intrínseca ao meio onde ocorrem os questionamentos. Acredita-se, assim, que a LaE pode ser utilizada tanto pelos possuidores como pelos que não possuem, tanto pelos incluídos como pelos excluídos que se propuserem a provar seus interesses - direitos - segundo argumentação lógico-racional; critério único e conhecido de todos, inclusive, antes mesmo da ocorrência do fenômeno a ser-lhe submetido.

Justamente, um dos pontos cruciais da LaE é o fato desta espelhar um critério preestabelecido, não aleatório - pois uma vez definido, tal como o seria feito com qualquer outro tipo de critério a ser adotado como ideal de justiça, não mais sofre injunções político-ideológicas outras que não as estritas regras maximizadoras de resultados em mercado - trata-se de critério maximizador de resultados econômicos, uma vez que, este é elemento de preocupação constante do homem. Ao ser humano, de fato, é inerente a sobrevivência como um dos seus ideais maiores a serem preservados. Sobreviver é dispor de meios e recursos que são escassos e portanto devem ser, da melhor forma, assegurados e utilizados; daí a preocupação com uma necessidade básica: a vida e sua manutenção. Nesta perspectiva, o ideário da LaE é, em última análise, a preservação da vida como ideal de justiça.

Muitas são, pois, as questões decorrentes deste estudo que, na medida do possível, quando respondidas, tornarão claro o ponto de vista racional-econômico aplicado à forma jurídica.

Para tanto, inicialmente, sejam esboçados alguns delineamentos metodológicos necessários, possibilitando a verificação dos caminhos lógicos que levam à compreensão do presente trabalho, em especial, das premissas e embasamentos teóricos que estruturam a LaE

como Escola de análise do Direito segundo o instrumental da Teoria Econômica; assim como, demonstrando as possibilidades aplicativas que lhe são inerentes, com ênfase à principiologia Constitucional Brasileira de 1988 no tocante à Ordem Econômica..

2. QUESTÕES METODOLÓGICAS

2.1 IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA

A fim de tornar a abordagem da LaE própria de uma teoria jurídico-econômica e, ainda, possibilitar seu emprego junto à legislação brasileira, algumas questões metodológicas devem ser, previamente, abordadas e estipuladas.

De início, é interessante frisar que o conceito de LaE envolve dois ângulos de apreciação. Em um ponto de vista mais amplo, LaE refere a toda uma tendência crítica do realismo jurídico americano que tenha, em sua fundamentação doutrinária, a utilização da Teoria Econômica para a análise do Direito.

Por outro lado, em uma visão *stricto sensu*, a LaE, primordialmente referida nesta abordagem teórica, deve ser entendida como a parte do referido movimento crítico que foi idealizado por Richard A. Posner em sua consagrada obra *Economic Analysis of Law*. Este é o enfoque básico que será pretendido neste trabalho, embora sejam apresentadas abordagens outras que se façam úteis para o entendimento, para a crítica e, mesmo, para a contextualização das idéias apresentadas.

Richard A. Posner é Juiz da 7ª Corte de Apelação dos Estados Unidos da América em Chicago, Illinois onde também exerce as funções de professor na Universidade de Chicago. Estudioso do Direito, o Professor Posner, em decorrência de suas pesquisas e da prática judicial elaborou, no final da década de sessenta, trabalhos de pesquisa no campo da interdisciplinaridade entre o Direito e a Ciência Econômica. Para o autor, ficou evidente que a Teoria Econômica é chave crucial de entendimento da atitude social do homem e, assim sendo, deve ser utilizada como parâmetro na descoberta do justo, segundo necessidades deste próprio ser social.

Em 1973, Posner publica, pela primeira vez, sua obra *Economic Analysis of Law* em que afirma não pretender uma aproximação sociológica, antropológica ou filosófica do Direito,

mas, sim, econômica. A obra, em 4ª edição, no ano de 1992, foi incrementada objetivando a apresentar, de forma simples e direta, as diversas possibilidades de aplicação da Teoria Econômica aos mais variados campos da *Common Law*.

A bem da verdade, o Professor Posner escreveu diversos trabalhos e livros que no decorrer desta exposição serão referidos de forma a evidenciar o pensamento despretenso de este grande jurista que, até onde é sabido, se trata de pessoa possuidora de cultura invejável e de envolvente finura no trato, sempre disposto a colaborar para o desenvolvimento científico-acadêmico.

Após este breve comentário e dando encaminhamento a esta análise, faz-se necessária a identificação do problema a ser tratado que pode ser proposto conforme segue:

Até que ponto a Teoria Econômica tem, simultaneamente, um papel *normativo e positivo* no estudo dos institutos jurídicos do Direito e da *Civil Law*, em especial, no que concerne aos princípios do Direito Constitucional Econômico Brasileiro de 1988 ?

É possível, pois, a aplicação da doutrina *Law and Economics* no paradigma jurídico-normativo Constitucional Brasileiro; mais especificamente, quanto aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica ?

A partir das interrogações acima, diversas elucubrações podem ser realizadas uma vez que são sugeridas, assim, idéias inovadoras como, v. g., o fato da Teoria Econômica exercer determinado papel analítico-interpretativo junto ao Direito e, em sendo possível tal aplicabilidade à *Common Law*, verificar-se, ainda, a possibilidade de aplicá-la, também, à *Civil Law* Brasileira. Assim, está-se a tergiversar sobre uma nova maneira de apropriar o conhecimento jurídico a partir de uma perspectiva econômica, inclusive, apresentando, ao ramo do Direito Econômico Brasileiro, novo método interpretativo ou, mais que isto, novo enfoque analítico-substancial - do Direito e, em especial - do referido ramo, conforme sua própria natureza jurídico-econômica.

Apresenta-se, assim, a seguinte hipótese básica a ser tratada:

Existe sim, uma Teoria Econômica que, simultaneamente, exerce um papel *normativo e positivo* no estudo dos institutos jurídicos da *Civil Law* e, ainda, é aplicável na interpretação do Direito Constitucional Econômico Pátrio de 1988. A LaE busca a compreensão do universo jurídico partindo de pressupostos e valores metajurídicos pertencentes ao mundo do econômico, aplicáveis, tanto, quando da criação da norma jurídica como quando de sua verificabilidade, já em instância de caso concreto, nas *barras dos tribunais*.

Enumeram-se, dentre outras potencialidades, para a referida Análise Econômica do Direito, a possibilidade de formação de normas de caráter econômico e interpretação das normas em geral, sob um enfoque de racionalidade econômica, traduzindo eficiência e maximização da riqueza. Desta forma, a racionalidade econômico-jurídica interage com o meio social de forma a determinar e influenciar a práxis jurídico-social e o delineamento de novas *matizes* no ordenamento em geral, bem como, evidentemente e também, na Ordem Constitucional Econômica Nacional. Pode-se, a partir dessas premissas, verificar a possibilidade de ser aplicado tal ordenamento lógico-racional pelos magistrados, segundo novos padrões econômico-valorativos quando da apreciação judicial de casos por meio deste novo enfoque interpretativo-jurídico.

Observa-se que o meio social faz evidenciar a necessidade do homem interagir cultural, científica, psicológica, política e, também, economicamente, embora, não sendo, este último aspecto, intitulado como o derradeiro em relação aos demais, trata de inafastável verdade e realidade, na qual, o homem está inserido.

Enquanto *homo oeconomicus*, o ser humano, em especial o homem ocidental ou, ainda, todo aquele que faz parte das sociedades capitalistas, está submetido às regras da economia de mercado. Assim, tem de ser considerada a importante influência, na conduta dos indivíduos e mesmo dos grupos sociais, dos institutos e premissas deste meio social institucional de mercado. Passam, pois, a ser de vital importância, para o delineamento da conduta em sociedade, os parâmetros definidos no proceder racional do *homo oeconomicus* que, inclusive, é submetido à normatização e à apreciação judicial quando infringe as normas de convívio social.

Ora, se o convívio social ocorre em meio à economia de mercado e se, evidentemente, presente está, no homem, a sua necessidade de sobrevivência conforme uso de escassos recursos; seu proceder deve ser pautado sobre uma racionalidade lógico-formal que leve à eficiência e maximização de interesses. Neste quadro resta, ao Direito, espelhar esta realidade social e adaptar seus critérios ao ideal de justiça próprio da referida sociedade eficiente.

Não se está, assim, a pugnar pelo vilipêndio das máximas jurídicas mas, tão somente, a redirecioná-las à realidade palpável do dia a dia.

Entende-se, pois, que a prática jurídico-econômica de mercado, como discurso vigente, deve fazer refletir fenômeno jurídico-social conforme à realidade inevitável e inarredável da previsão legal segundo critérios racional-normativos de maximização de lucros - riqueza - e de

eficiência econômica que ocorram dentro de uma dialética social-econômico-normativa construtiva. Em outras palavras, se o *discurso institucional* que interpreta ou exprime a realidade social hodierna é o inerente à economia de mercado, resta então duas maneiras de sobreviver às intempéries de tal discurso; ou questionam-se suas premissas básicas aceitando-as ou rejeitando-as através da sua própria lógica - o que pode ser feito através da LaE - ou radicaliza-se a discussão com outro discurso - que, novamente, pode ser mero fetiche da lei e do instituído - ou, ainda, com a irracionalidade da força.

A princípio, acredita-se, que não se pode proceder como *Dom Quichote de La Mancha* a querer derrotar inimigos, mesmo que fantasiosos, segundo sua perspectiva, com armas inofensivas ou não apropriadas; da mesma forma, não se pode proceder como a *avestruz* que, amedrontada, esconde a cabeça na areia como se ignorasse uma situação que sabe ser real e, no entanto, procura resolver segundo sua pessoal e cômoda perspectiva; a despeito de que, os fatos, não deixam de ocorrer conforme a lógica que se apresente fora do buraco no chão.

Tem-se, dessa forma, que avaliar as benéncias e dificuldades de uma nova teoria conforme seja aplicável no mundo real; sem postergar, no tempo e no espaço, o inevitável encontro com a realidade. Dado, pois, um ambiente institucional de mercado, em tempos de globalização e de neoliberalismo, resta, ao sujeito, inteirar-se desta realidade e, segundo seu cabedal de conhecimentos, analisar as diversas propostas - no caso, voltadas a uma nova Teoria Geral do Direito - com espírito crítico mas desprovido de preconceitos e premissas irracionais.

2.2 CONDIÇÕES: MATERIAL E FORMAL

O trabalho encontra-se condicionado à exposição de doutrina jurídico-econômica segundo sua ramificação mais *forte*, qual seja, a inerente ao trabalho de Richard Posner e sua obra *Economic Analysis of Law*⁸ que representa a corrente institucionalista ou Escola crítica do Realismo Jurídico norte-americano denominada *Law and Economics*, também conhecida como Escola de Chicago; sendo analisados, também, ainda que superficialmente, a título de complementação, crítica, contextualização e melhor entendimento do texto, outros segmentos do referido construtivismo crítico inerentes ao movimento da Análise Econômica do Direito;

⁸ POSNER, Richard. A. , *Economic Analysis of the Law*. Op. cit.

culminando, a pesquisa, com uma aplicação em forma de análise interpretativo-econômico-jurídica dos Princípios de Direito Constitucional Econômico na Constituição Brasileira de 1988.

2.3 OBJETIVOS

2.3.1 OBJETIVO GERAL

Dentro da idéia de uma pesquisa de mestrado, intenta-se delimitar e explanar os pressupostos teóricos básicos da Escola de Chicago voltados à Interpretação e Análise Econômica do Direito, partindo-se do estudo das premissas básicas da Teoria Econômica, perpassando, posteriormente, aspectos gerais da LaE tais como origem, precursores, histórico e enfoques próprios à identificação do novo movimento acadêmico instituinte de uma nova Teoria Geral do Direito; bem como, os aspectos doutrinários necessários para destacar a corrente Institucionalista de Richard A. Posner.

Em um segundo momento, então, objetiva-se complementar a pesquisa dando-lhe caráter funcional ao ser verificada a possibilidade de aplicação da Teoria Econômica como instrumental normativo e interpretativo-normativo no estudo dos institutos jurídicos da legislação no Brasil, mormente quanto ao Direito Constitucional, segundo o enfoque Posneriano. A bem do melhor entendimento, embora reconhecendo a amplitude que Posner dá à LaE e sua aplicabilidade no Direito, desta feita, intenta-se, tão somente, trazer luzes da referida Escola para o campo do Direito Econômico Pátrio delimitado pela Constituição de 1988 no que diz respeito aos princípios básicos da Ordem Econômica Brasileira.

2.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

No decurso do trabalho, são almejados os seguintes objetivos específicos:

Determinar a contribuição da Teoria Econômica para a constituição da LaE;

Apresentar a escola *Law and Economics*, no que concerne ao seu histórico, embasamento filosófico, às suas premissas e às suas variantes, como crítica construcionista do realismo jurídico norte-americano.

Apontar procedimentos e máximas analítico-interpretativo-jurídicas próprios da *Law and*

Economics que são aplicáveis à *Civil Law*.

Delimitar as críticas possíveis para a doutrina em questão, com embasamento teórico em Ronald Dworkin, John Rawls e Jürgen Habermas.

Evidenciar que os padrões jurídico-normativos expressam-se como oriundos do Poder Político e Econômico, bem como, também, incontestavelmente, influenciando-os e, devendo fazê-lo de forma eficaz uma vez observada a articulação de valores e anseios sociais.

Avaliar o controle jurídico interpretativo-normativo da atividade econômica: grau de intensidade e necessidade.

Estabelecer as premissas da doutrina *Law and Economics* para a interpretação e análise do Direito Constitucional Econômico Pátrio de 1988.

Verificar a aplicação da Teoria Econômica como instrumental normativo e normativo-analítico-interpretativo do Direito e, em especial do Direito Constitucional Econômico Pátrio de 1988 no que concerne à principiologia norteadora da Ordem Econômica.

2.4 JUSTIFICATIVA

Surgida nos Estados Unidos da América, a LaE trata de uma nova maneira de pensar o Direito como um todo abrangente dos diversos ramos jurídicos. É metodologia inovadora que revoluciona o pensar jurídico analisando-o segundo perspectiva voltada a uma valoração e racionalidade características da Teoria Econômica. Não se restringe, esta aplicação da Teoria Econômica, a nenhum ramo jurídico específico já que, em verdade, a LaE apresenta o Direito de forma realística, *despido* de um ideal de justiça teórico-formal não apropriável e, ainda, fazendo observar seu cerne econômico⁹. Sua utilização apresenta a possibilidade de uma análise normativa e positiva da norma; o que faz desta doutrina utilíssimo instrumental nos momentos da feitura da dita norma, de sua aplicação e apreciação judicial.

O tema proposto, portanto, permite a interpretação e análise¹⁰ do Direito procurando-se, através da técnica analítico-metodológica carreada da Teoria Econômica, justificar a práxis

⁹ Em trabalho intitulado *Direito, Economia e Interdisciplinaridade*, é desenvolvido interessante capítulo denominado *Capitalismo Moderno e Ordem Normativa Burguesa: Crítica Histórica e perspectiva globalizante*, onde é apresentada a criação e a evolução do Direito e do discurso jurista como elaboração socio-jurídica necessária para legitimar e assegurar a práxis capitalista; principalmente, através dos institutos da propriedade privada e da livre contratação. Ver in GONÇALVES, Everton das Neves. *Direito, Economia e Interdisciplinaridade*. Registro Biblioteca Nacional nº 115272, Liv. 174 fl. 136. em 01.08.96. Obra não publicada.

¹⁰ Sugere-se, ao leitor, observar os conceitos e explicações apresentadas no glossário deste trabalho quanto à significação dos termos *Análise e Interpretação*, bem como o item 4.3.1, ainda, deste texto. A princípio, é questionada a tradução mais apropriada, para o português, no

jurídica de forma a verificar-lhe, como valor¹¹ último, o fim inafastável de maximização de resultados e eficiência. Segundo os ditames da LaE, todo e qualquer ramo do Direito pode ser analisado sob suas premissas metodológicas.

O estudo da doutrina *Law and Economics*, apresenta, para discussão, a possibilidade de utilizar-se, especificamente, um dos ramos da Teoria Econômica denominado Microeconomia¹² para a análise e interpretação do Direito e seus institutos tanto no que diz respeito à *Common Law* quanto à *Civil Law*. Assim, como instrumental teórico analítico-interpretativo, é aplicável à realidade Constitucional Econômica Brasileira, traçando-se, através da Teoria Econômica, o perfil dos mais adequados institutos balizadores da Ordem Econômica vigente, definindo-os e sintetizando-os, numa proposta interpretativo-crítica e unificadora de aplicação fática para análise da legislação.

Diversas são as proposições teórico-positivadas na Lei Magna de nosso País oriundas de processos legislativos inerentes à situação político-social-institucional vivenciada quando da formulação desse Ordenamento Constitucional. Decorre, realmente, tal elaboração normativo-jurídica de um caráter político-institucional que não pode desconsiderar os aspectos econômico-científicos necessários para a delineação de uma *norma fundamental*¹³ concorde com a realidade político-econômico-institucional e que reflita as possibilidades e necessidades inerentes ao processo econômico de mercado vivido pela sociedade ou mesmo a interdisciplinaridade que envolve Direito e Economia. Verificado um mínimo de harmonia entre o Ordenamento Jurídico e as leis econômicas alcança-se, efetivamente, o caminho para o desenvolvimento nacional, excluindo-se soluções casuísticas e particularizadas em benefício de

que diz respeito a uma possível interpretação ou análise do Direito. A literatura espanhola optou pela expressão Análise Econômica do Direito enquanto que a Professora Guiomar T. Estrella Faria o fez como Interpretação Econômica do Direito conforme se vê in FARIA, Guiomar T. Estrella, *Interpretação Econômica do Direito*. Op. cit. pp. 11-13.

Particularmente, tem-se, que o termo análise está mais para a Teoria Econômica enquanto interpretação está para a Ciência Jurídica e, como está-se a tratar de uma aplicação analítica da Teoria Econômica ao Direito, objetivando, em última análise, dar-lhe entendimento e aplicabilidade; acredita-se ser inócua uma discussão deste gênero.

Entretanto, se a LaE for entendida como método, sua metodologia leva, efetivamente, à interpretação do Direito; de outra forma, se for entendida como ideologia intrínseca ao Direito torna-se, em sua estrutura, verdadeiro instrumental analítico da essência da norma e da práxis jurídica, de forma a delimitar uma nova Teoria Geral para o Direito.

¹¹ Alguns autores como Richard A. Posner e outros da Escola de Chicago - G. Becker, H. Demsetz, F. H. Easterbrook, I. Erlich, M. Landes e G. Tullock têm a racionalidade econômica e a eficiência como valores últimos a serem perseguidos pelo Direito. Formam a corrente majoritária, objeto deste trabalho, conforme se vê in PACHECO, Pedro Mercado. *El Análisis Económico del Derecho. una reconstrucción teórica*. Op. cit. pp. 58-64 e in TORRES LÓPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1987. p. 71.

No entanto, outros autores como Guido Calabresi, B. Ackerman, P. Bobbit, E. J. Mishan e A. M. Polinsky, participantes de um setor minoritário da LaE dito moderado criticam Posner e identificam, além do caráter econômico do Direito, valores outros a serem considerados como o de justiça, bem como, as limitações da LaE tal como, v.g., no que diz respeito à distribuição equitativa dos recursos. Ver in *La pobreza como injusticia* (Dworkin v. Calabresi). Doxa n° 15-16. 1994. p. 945 e 949.

¹² Microeconomia é um dos ramos da Teoria Econômica que pode ser definida como segue:

A teoria microeconômica, ou teoria dos preços, estuda o comportamento econômico das unidades decisórias individuais, como consumidores, proprietários de recursos e negócios, em sistema de livre empresa. Ver in SALVATORI, Dominick. Microeconomia. Trad. Eduardo P. Hingst e Danilo A. Nogueira; rev. téc. Sandra de Negreiros Brisolla. 1940. p.2.

¹³ A expressão deve ser entendida não em seu sentido kelseniano de *norma pura*, mas com a devida orientação economicista. Ver in KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. pp. 221 e ss.

poucos; ainda, sendo relevados, os critérios de eficiência e valor econômicos, como apropriados para uma análise uniforme e universal da fenomenologia jurídico-social.

Podem ser detectadas variadas soluções interpretativo-elaborativas e analíticas para o Direito e, em especial, para o *jurídico-econômico*; tais como as inerentes a opções políticas, filosóficas, psicológicas, etc. Uma delas é a aplicação de uma interpretação ou análise econômica do Direito - como método e como teoria justificadora. De fato, existe um consenso sobre a idéia de que não se acaba, v.g. com a inflação por decreto e por medidas provisórias. Os diplomas legais, efetivamente, não mudam a realidade embora a influenciem. Assim, devem, eles, guardar, em si, relação estreita com os mínimos pressupostos das leis econômicas de forma a facilitar a fluidez das relações de produção, maximização dos lucros e otimização da produção de riquezas verificadas no meio social em que são criados tais diplomas; ou seja, no mercado.

Há de ser repensado o Direito que não reconhece o costume como revogante da lei pois, na prática social, é o que se faz verificável, na medida em que não se pode afastar a forma da substância ou a idéia da realidade. A fenomenologia hodierna faz urgir resposta jurídica eficaz e capaz de resolver as ansiedades sociais. Diversas são as tentativas, neste sentido, em relação à utilização de métodos analíticos e interpretativos do Direito.

Na corrente doutrinária do pluralismo jurídico, v.g. , entende-se que deve ser reconhecido o Direito paralelo àquele oficialmente estatuido; enquanto, na doutrina do Direito Alternativo, parte-se, na verdade, de uma interpretação extensiva da lei em certo sentido e, noutro, de uma interpretação *extra-legis* segundo a percepção social do julgador; por outro lado, é verificável, ainda, a introdução de métodos analíticos embasados em ciências sociais dentre as quais, a psicanálise, a antropologia, a própria sociologia e outras para a interpretação e explicação do fenômeno jurídico. Nesta direção também acusa-se a utilização da Ciência Econômica como instrumental de leitura do Direito, detectando-se, no âmago deste, a introjetada característica economicista inerente ao proceder do *homo oeconomicus*, conforme parâmetros mais fechados como os de Posner, onde prima a extrema valoração da eficiência em termos de maximização da riqueza ou mais abrangentes como os de Calabresi que aceita, ao lado da eficiência, valores outros como a equidade ou, ainda, posicionamentos político-críticos como os da *Critical Legal Studies - ECJ*.

Em última análise, todos estes processos interdisciplinares estão a identificar o esgotamento do Direito tradicional em função da multiplicidade de anseios sociais que devem

ser *cartografados*¹⁴ e atendidos dentro de uma ação conjunta que leve em conta a alteridade.

Conforme visto, variadas se tornam as formas pelas quais se busca a compreensão social, perpassando, ainda, apreciações de caráter crítico que vão desde as posições filosófico-políticas de Habermas¹⁵ e seu *discurso comunicativo* - como método da sociologia próprio para o entendimento do Direito que deve ser criado e entendido a partir de uma ação interativa que leve em conta a opinião consensual - perpassando as *Chain of Law* de Dworkin¹⁶ até às concepções de John Rawls¹⁷ e sua *Teoria da Justiça Equitativa* renovadora do pacto contratual de coexistência social.

Diversas, portanto, são as análises que procuram recriar o Direito ou reinterpretá-lo para a aplicação ao caso concreto. Acredita-se pois, que o método analítico-interpretativo-construtivista da doutrina *Law and Economics* torna o *Direito jurídico-persuasivo*¹⁸ dentro de um processo de análise custo/benefício esgotando o paradigma jurídico-coercitivo vigente. Ao invés de ter preocupação em relação ao fenômeno ocorrido, conforme ocorre no atual modelo jurídico-legal, o Direito, segundo a LaE, volta-se para o futuro de forma a influir a ação dos indivíduos através de um conjunto de incentivos e obstáculos. O Direito, portanto, além de controlador social, passa, funcionalmente, a determinar o comportamento social segundo análise da relação custo/benefício.

Dentro deste contexto inovador, a Ordem Constitucional Econômica Brasileira deve estar plenamente adaptada e receptiva às progressistas opções de desenvolvimento e estruturação do processo econômico nacional. O anacronismo normativo-econômico, bem como sua interpretação equivocada e ultrapassada, indubitavelmente leva à estagnação e retrocesso no processo desenvolvimentista em um contrapasso com a realidade dinâmica mundial. Necessário, pois, repensar a realidade econômica nacional a partir de uma ótica despreconceituosa e aberta para a razão refratária aos extremismos e conforme às possibilidades do discurso jurídico vigente nas relações sociais verificáveis no contexto globalizante, qual seja, o inerente à economia de mercado neoliberal, de forma a contestar-lhe, dentro do próprio sistema, suas deficiências e a aceitar sua lógica naquilo que seja próprio à

¹⁴ Entenda-se o termo no sentido Waratiano tal como in WARAT, Luis Alberto. *Mal-estares de um final de milênio*. REVISTA SEQUÊNCIA, Florianópolis: UFSC, n. 25, dez., 1992. p. 5-14.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de La Acción Comunicativa: complementos y Estudios Previos*. Trad. de Manuel Jiménez Redondo. 2ª ed. Madrid: Cátedra Teorema, 1994.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. 6 Law & Phil., 1987.

¹⁷ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Carlos Pinto Correia. Lisboa: Ed. Presença, 1993.

¹⁸ No mesmo sentido pode ser observada a fala de Juan Torres López: *A moderna Análise Econômica do Direito passará a contemplar as leis, não como fatos passados cujos efeitos vão ser avaliados, mas como sistema de incentivos que influirão decisivamente nas ações futuras*. (em espanhol no original). Ver in TORRES LÓPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho*. Op. cit. p. 22.

defesa dos interesses individuais e sociais.

A temática econômica deve, então, ser analisada em inovadora perspectiva jurídica pois, conforme a tendência doutrinária citada, desenvolvida nos EUA, *Law and Economics*; ao ser atribuída hegemonia à eficiência econômica busca-se, na fundamentalidade da norma, determinar a necessária interação entre a fenomenologia desenvolvida no espaço econômico-político-social e sua regulamentação normativa de forma a evitar o descompasso entre a realidade econômica dinâmica e o moroso e político processo legislativo não raras vezes questionado, posteriormente, no Poder Judiciário que, de outra forma, ao não levar em conta as determinações e inclinações de mercado, torna-se instrumento de insatisfação e de ineficiência, quando não de interesses escusos e injustificados segundo critérios aleatórios e arbitrários de uma pseudo-justiça.

O tema escolhido reflete a necessidade do País em adaptar-se ao novo horizonte econômico que descortina no final de milênio inserido, justamente, em um processo dialético-discursivo do social, do econômico, do político e do próprio jurídico. Neste contexto a realidade econômica brasileira deve estar amparada por um sistema normativo e interpretativo-normativo que, antes de entravar o processo econômico, deve estruturá-lo e dinamizá-lo rumo à superação conjunta dos problemas econômicos e sociais pelos diversos povos.

Convém, enfatizar que o Direito Constitucional não pode ficar alheado a toda uma discussão sobre organização produtiva, participação social no processo produtivo e repartitivo da renda, liberdade de iniciativa, organização cooperativo-social, atuação estatal no domínio econômico, investimentos e outros temas de caráter eminentemente econômico. Tais assuntos e ainda a principiologia básica do ordenamento econômico, devem ser submetidos a processos legislativos e interpretativo-analíticos coerentes e inovadores tais como o aqui proposto, justificando a necessidade de verificar-se o embasamento teórico da nova proposta - LaE - em especial, segundo o enfoque de um de seus consolidadores Richard Posner.¹⁹

A sociedade industrial contemporânea, em meio a cíclicas crises, desperta para a busca de novas alternativas que, de forma crítica e progressista, devem dinamizar o atual modelo de desenvolvimento capitalista e suas instituições tornando-o factível e compatível com uma práxis social de maneira a resolverem-se os descompassos regionais, sócio-econômicos, políticos e, mormente individuais; como no caso de uma eficiente legislação do consumidor, de

¹⁹ Lembre-se que Richard A Posner escreveu obra consagrada sobre o assunto que, por hora, é fonte primordial para este trabalho : POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 1977. *Op. cit.*

uma eficiente legislação de propriedade, etc.

Evidente, então, a necessidade de constitucionalizar princípios econômicos bem como de delimitar a ação dos diversos agentes evitando o abuso do poder econômico e visando instrumentar, juridicamente, a marcha para o progresso.

A *Law and Economics* analisada por Richard Posner apresenta-se como instrumental teórico-dogmático na medida em que possibilita a utilização da Teoria Econômica na solução dos problemas inerentes ao Direito de forma a dar-lhe significação dentro de um contexto analítico que procura a racionalidade econômica do *homo oeconomicus* com sua eficiência na solução de problemas afetos ao proceder do *homo juridicus*.

A fim de tornar o trabalho bem alicerçado, já em termos de preliminares, é interessante frisar o embasamento teórico que sustenta a teoria da LaE. É o que se vê no próximo item de estudo.

2.5 EMBASAMENTO TEÓRICO

Nos anos sessenta, alguns autores norte-americanos apropriaram-se das máximas da Teoria Econômica e aplicaram-na ao discurso jurídico. Ronald H. Coase em 1960 publicou seu trabalho *The Problem of Social Cost*²⁰ e Guido Calabresi, no ano seguinte, apresentou *Some Thoughts on Risk Distribution and the Laws of Torts*²¹; estes foram os primeiros passos de um novo entendimento para o Direito.

Com a evolução das idéias surgiu um manancial teórico riquíssimo trabalhando o Direito e a Economia nos EUA, mais precisamente em Chicago - Richard Posner - e Yale - Guido Calabresi. Posner, ao trabalhar o tema inaugurou escola denominada *Law and Economics*²², segundo a qual, existe grande importância no estudo das relações entre o Econômico e o Direito, principalmente, por aquele fazer parte da natureza deste; ressaltando, complementarmente, a necessidade de uma atitude interdisciplinar entre as duas ciências para

²⁰ COASE, Ronald H.. *The Problem of Social Cost*. 3 J. Law & Econ. 1, 1960.

²¹ CALABRESI, Guido. *Some Thoughts on Risk Distribution and the law of Torts*. 70 Yale L.J. 499, 1961.

²² Ver item 2.3 deste trabalho chamando a atenção para o fato de que a Teoria Econômica foi apropriada de diversas formas no entendimento do Direito. Andrés Roemer analisa quatro enfoques da disciplina em questão: o tradicional - de Posner -, o neo-institucional, o da *public choice* e os Estudos da Crítica Jurídica. in ROEMER, Andrés. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Trad. José Luis Pérez Hernández. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p.4.

Consagrou-se a expressão *Law and Economics* para designar o enfoque tradicional da Escola de Chicago também conhecido como Institucionalista.

que possa ser garantida a certeza e segurança jurídicas bem como a eficiência econômica; entendida, esta, em termos de maximização da riqueza. O autor expressa, a respeito da influência da Teoria Econômica sobre o Direito quando refere ao conteúdo de seu livro tentando demonstrar que (...) *a teoria econômica tem simultaneamente um papel 'normativo' e 'positivo' no estudo do direito e dos institutos jurídicos* (em inglês no original)²³.

Pode-se, pois, a partir desta máxima proceder ao raciocínio de que é possível uma interpretação econômica do Direito e, em especial, do Direito Constitucional, através da análise da ideologia política que precedeu à institucionalização do regime econômico adotado bem como da discussão legislativa e da apreciação da jurisprudência nos tribunais e, em destaque, na Corte Constitucional - Supremo Tribunal Federal - no que diz respeito ao econômico e sua principiologia.

É bem verdade que existe toda uma pesquisa, historicamente consagrada, apreciando a interdisciplinaridade entre o Direito e a Economia ora acusando a proeminência desta sobre aquele - determinismo marxista, ora segundo o contrário e dentro de uma visão de coexistência - integração ou, ainda, conforme uma interação em que se anulam os efeitos de um sobre outro conhecimento.

Stammler defendendo a possibilidade de convivência entre Direito e Economia como partes - formal e substancial - da mesma realidade expressa seu pensamento:

La Economía política deberá ir dándose cuenta, más de lo que lo hecho hasta ahora, de que esta llamada a ser testigo de la existencia social del hombre. Su punto de partida exacto - consiguientemente con esto que constituye su verdadero plan - no será, pues, el concepto de la Economía in abstracto, que se refiere a las necesidades humanas y a los bienes a que se acude para satisfacerlas, sino el concepto de la vida social, entendiendo por tal, como queda expuesto, una convivencia humana sometida a regulación exterior de conducta.

Dentro de esta vida social, la forma de la regulación, sea jurídica o convencional, deberá distinguirse de la materia sujeta a normas de la conducta humana en cooperación para la satisfacción de las necesidades. Sobre esta, sobre la materia de la vida social, es sobre la que la Economía Política debe recaer. Y puesto que esta conducta humana en cooperación, sólo puede surgir, en cuanto social, bajo una regulación exterior determinada y no siendo a la investigación de la mera forma de la vida social a lo que se tiende, sólo queda como objeto propio de la Economía Política : la estructura concreta de una determinada cooperación sujeta a normas, para la satisfacción de las necesidades humanas²⁴.

Stammler acredita que as normas jurídicas ao regularem a convivência humana o fazem formalmente ao passo que as normas econômicas têm em vista a matéria - substância - regulada pelas primeiras. Assim, o econômico faz parte da ordem social regulada segundo uma concomitante ordenação jurídica. O Direito é um meio ao serviço de fins humanos; é o meio utilizado para alcançar-se o devido regime de cooperação social para satisfação das necessidades. Trata-se de uma relação meio-fim divergente da relação causa-efeito de Marx.

²³ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Op. cit. p. 17.

²⁴ STAMMLER, R. *Economía y Derecho. La concepción Materialista de la Historia: una investigación filosófico social*. Madrid : Editorial Réus, 1929.p. 138.

Continua a ensinar, o Mestre:

Toda norma jurídica entraña, pues, en su contenido, de por si, una determinada regulación de la convivencia humana y todas estas normas juntas, agrupadas para formar la unidad de un orden jurídico determinado son las que constituyen la regulación conjunta de una Economía social... (...) La categoría de la causalidad no puede aplicarse aquí de modo alguno. Las reglas jurídicas no representan sino el aspecto formal del objeto único de investigación científica, la vida social y sólo pueden darse, por lo que se refiere a este punto de vista, unidas con la materia regulada, la cooperación humana de que se trate,²⁵

Ainda, sob enfoque sociológico, outro entendimento sobre o Direito é o de Max Weber.

Ao delimitar a interação entre o Ordenamento Jurídico e o Econômico, Weber chama a atenção para a existência de dois pontos de vista a serem considerados: o sociológico - inerente à economia social: fenômeno - e o jurídico - dogmática. No ensinamento de Weber a consideração jurídica *investiga o sentido correto de normas* cujo conteúdo deve determinar o comportamento de quem a elas - normas - está submetido enquanto a ordem econômica social traduz-se pelas *ações humanas efetivas* condicionadas pela premência de satisfação das necessidades humanas; ou seja, trata-se da realidade fática e inafastável²⁶.

A abordagem sociológica de Weber já deixa claro que *uma lógica jurídica puramente profissional* e um Direito abstrato e distante do fenômeno social vai de encontro às expectativas sociais, pois, estas, são *orientadas de acordo com o sentido econômico ou prático-utilitário de uma norma jurídica*. Portanto, o jurista há de abandonar o purismo da formalidade acobertado por *patéticos postulados morais* em detrimento de soluções concretas imediatas para os modernos problemas de classes e, mesmo, aqueles que envolvem indivíduos isoladamente²⁷.

Não obstante o exposto, ainda Karl Marx contribuiu, com seu trabalho, na propositura de uma ligação da Ciência Econômica ao Direito, sugerindo a influência daquela sobre este. Marx defendeu postura radical, delimitando os fundamentos de uma inexorável influência econômica no Direito, quando afirma que *a soma total das relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, os alicerces reais sobre os quais se constroem as superestruturas*

²⁵ Op. cit. pp. 202-203.

²⁶ Especificamente Weber descarta a possibilidade de um contato imediato entre os objetos das referidas ordens conforme se vê: *É evidente que os dois modos de consideração se propõem problemas totalmente heterogêneos, que seus "objetos" não podem entrar imediatamente em contato, e que a "ordem jurídica" ideal da teoria do Direito não tem diretamente nada a ver com o cosmos das ações econômicas efetivas, uma vez que ambos se encontram em planos diferentes: a primeira, no plano ideal de vigência pretendida; o segundo, no dos acontecimentos reais. Ver in WEBER, Max. Economia e Sociedade: fundamentos da Sociologia compreensiva. Trad. de Régis Barbosa e Karen E. Barbosa, rev. téc. Gabriel Cohn. 3ª ed. Brasília: Ed. da UNB, 1994. p. 209.*

²⁷ Merecem ser lidas, na obra Weberiana, as páginas que referem a esta necessidade de ser o Direito uma resposta efetiva ao meio social e não um discurso retórico distante da realidade. Ver in WEBER, Max. *Economia Y Sociedad. Esbozo de sociologia comprensiva*. Trad. José Medina Echavarría et alli. México: Fondo de Cultura Económica. 1964. pp. 652-653.

legais e políticas "28. Assim estava delimitada sua visão quanto a um materialismo histórico em que a estrutura ou mundo real determina a superestrutura ou mundo formal. Possivelmente não tão acertado quanto foi o diagnóstico social de Marx, foi seu prognóstico referente à luta de classes.

Fica óbvia, assim, a contrariedade entre o pensamento de Stammer e de Marx. Stammer²⁹ contrariou a premissa marxiana, pois, segundo ele, o mundo econômico para organizar-se necessita de uma regra de conduta exterior; o que leva à necessidade de um Direito - forma - preexistente ou concomitante ao real.

No que concerne ao pensamento marxista, quatro pensadores destacaram-se na concepção e questionamento de um Direito: Stucka³⁰, Pachukanis³¹, Vysinskij e Sterogovic. Hodiernamente citem-se Poulantzas³² e os escritores da escola de Frankfurt que referem de modo especial e crítico ao econômico na formação do Estado e do Direito.

A despeito das diversas posições quanto ao comum entre Direito e Economia, a prática intervencionista estatal norte-americana, verificada, mormente, a partir do *Crash* da Bolsa de Nova Iorque, em 1929, levou à produção de caminhos alternativos para a sociedade como um todo e, como não poderia deixar de ser, para o Direito, em especial. Um destes caminhos é apresentado, nesta pesquisa, como forma de reação ao realismo norte-americano, principalmente, no entre-guerras. De fato três tipos de oposição ao realismo foram tomadas a saber: a posição desconstrutivista do sistema vigente, a posição dos propugnadores da codificação do Direito e a dos construtivistas, onde surge a Escola do Processo Legal de tendência convencionalista em que se utilizam as práticas da elaboração racional de decisões que combina tanto a principiologia - base do formalismo, como a *policy* - prática de interpretação jurídica e adoção de *statutory law*.

A LaE, então, surge da idéia de um Direito embasado na metodologia e aportes teóricos das ciências sociais; ressurgindo da tendência reconstrutivista - realista com os aportes técnico-

28 MARX, Karl. *Para a crítica da economia política: Salário, preço e lucro; O rendimento e suas fontes: a economia vulgar*; Coleção Os Economistas; introd. Jacob Gorender; trad. Edgar Malagodi et al. São Paulo: Abril Cultural, 1982. p.10.

29 STAMMLER, R. *Economia y Derecho. La concepción Materialista* Op. cit. 1929. p. 408.

30 STUCKA, P.I. *Revoljucionnaja rol'prova i gosudarsiva*. Moscou. 1921.

31 Pachukanis é teórico russo que analisa o Direito. Em seu trabalho vê a submissão ao Direito segundo as relações de produção determinam: (...) o Direito como forma não só existe nas cabeças dos juristas descuidados. Tem uma história real paralela que não se depreende como um sistema de pensamento, senão como um especial sistema de relações em que as pessoas não penetram a partir de uma eleição consciente, senão porque são forçadas a ele através das relações de produção. Ver in PACHUKANIS, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*. 3ª ed. 1970. p.15 ou na tradução para o português de Silvio Donizete Chagas in PACHUKANIS, *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. trad. de Silvio Donizete Chagas, São Paulo: Acadêmica. 1988.p.12.

32 POULANTZAS, Nicols. *O Estado, O Poder, O Socialismo*. Trad. Rita Lima. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1990.

teóricos de pensadores como Ronald H. Coase e Guido Calabresi que sugeriram inovador discurso jurídico, desta vez, mais técnico - racional do que lógico-formal.

A teoria da doutrina *Law and Economics* afirmou-se nos EUA na década de sessenta, desenvolvendo-se, em sua parte majoritária institucionalista com Richard A. Posner que trabalhou no seu livro *Economic Analysis of Law*, destacando a aplicação da Teoria Econômica ao Direito de forma ampla e inovadora conforme se vê:

A nova concepção de direito e teoria econômica, que é quase inteiramente nova, nesta última década e meia é a aplicação das teses e métodos empíricos da teoria econômica ao sistema jurídico. Essa aplicação se dá especialmente em campos da *Common-law* como ilícitos civis (*Torts* no original), contratos, teoria e prática da pena, ao processo civil, penal e administrativo, à teoria da legislação, à aplicação da norma jurídica e à administração judicial. No entanto na velha concepção das relações do direito e da teoria econômica, restringiu-se a atenção às leis que regiam relações econômicas explícitas e, certamente, a um conjunto bastante limitado dessas normas (o direito dos contratos, por exemplo, foi omitido). O novo direito e economia não reconhece tal limitação no domínio da análise econômica do direito. (em inglês no original)³³

Posner, assim, fundamenta o Direito segundo critérios econômicos de valoração tal como a eficiência - entendida como maximização da riqueza - tornando-se, esta, para o Direito, um valor em si; um valor social máximo, cuja realização torna evidente a eficiência da sociedade e de suas instituições, dentre as quais, o Poder judiciário. Passa a ser de fundamental importância, então, que advogados e economistas trabalhem junto vencendo suas dicotomias, bem lembradas por José Eduardo Faria que, em nome da governabilidade por parte do Estado, apregoa uma relação estreita entre as duas categorias profissionais. Escreve ele quanto a atuação destes profissionais no Brasil:

As relações entre os economistas (...) e os juristas (...) não têm sido, no Brasil contemporâneo, das mais tranquilas. Muitos desses juristas costumam acusar os economistas que têm trabalhado para nossos governos de, nos seus diferentes planos de estabilização da moeda e programas de desenvolvimento, desprezarem sistematicamente as liberdades públicas e os direitos individuais. Esses economistas, por sua vez, reagem acusando os juristas exclusivamente preocupados com os direitos dos contribuintes de não compreenderem a essência do processo econômico e sua racionalidade sistêmica.³⁴

Desta forma, efetivamente, deve ser estudada a questão da dicotomia Direito/Economia ou mais precisamente a de uma lógica de legitimidade jurídica e de uma lógica de racionalidade econômica visando a *governabilidade* e a efetiva institucionalização dos preceitos constitucionais brasileiros vigentes.

Neste mesmo campo de pesquisa, estão disponíveis, em livrarias brasileiras, as obras de Frank H. Stephen³⁵ e da Professora Guiomar T. Estrella Faria que afirma sobre a amplitude do campo de atuação da doutrina *Law and Economics*:

³³ POSNER, R., *Economic Analysis of Law*. Op. cit. p.16.

³⁴ FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.p.9.

³⁵ STEPHEN, Frank H., *Teoria Econômica do Direito*. São Paulo: McGraw Hill Ltda. 1993.

Os textos acima destacados, bastante expressivos do pensamento de Posner já por si demonstram o caráter jusfilosófico da *Análise Econômica do Direito*, que não se restringe a avaliar a eficácia econômica das normas e das decisões judiciais, naqueles domínios do direito já historicamente conhecidos como sensíveis às teorias econômicas e às mudanças nas relações de mercado: o direito comercial, o direito de seguros, os contratos, as sociedades, etc., mas dedica-se, com afincio, a demonstrar as relações - que na opinião de Posner são estreitíssimas - entre o Processo (Civil e Penal) o Direito Constitucional, o sistema legislativo, a organização do judiciário, as relações de família e parentesco, etc. e a teoria econômica.³⁶

Como postulados maiores da doutrina *Law and Economics* defendem-se, os seguintes:

1. Prevalece, como método, na aplicação da Economia ao Direito, o individualismo metodológico, segundo a racionalidade maximizadora economicista.
2. As leis jurídicas devem guardar um mínimo de harmonia com as leis econômicas.
3. O Paradigma jurídico deve volver-se para a agilização e fluidez das relações de produção, maximização dos lucros e otimização da produção e utilização da riqueza individual e social.

Por ser uma aplicação que envolve nova metodologia e discutidos valores, inevitável e necessário faz-se, também, verificar o embasamento teórico de sua crítica. A título de enriquecimento do trabalho pode ser carreada a opinião de alguns pensadores que, mesmo questionando os pressupostos da LaE contribuem para seu entendimento.

Deve-se, pois, inicialmente, evidenciar como possível crítica à LaE, o trabalho de Ronald Dworkin³⁷. Algumas de suas críticas consistem no questionamento do fato de que, se o ordenamento jurídico-econômico deve zelar pelas máximas de eficiência e maximização de riqueza, até que ponto a riqueza é um grande valor para o ser humano? Até que ponto a riqueza, em detrimento da justiça como ideal metajurídico deve ser um motivador da norma? E, ainda, no caso da norma não estimular a produção de riqueza mas garantir o ideal de justiça deve ser esta derogada em função da doutrina *Law and Economics*?

Jürgen Habermas³⁸ e John Rawls³⁹ também podem trazer subsídios para uma crítica. Partindo-se da premissa de que a doutrina *Law and Economics* traduz uma razão sistêmica -

³⁶ FARIA, Guiomar Therezinha Estrella. *Interpretação Econômica do Direito*. Op. cit. p. 43.

³⁷ Na elaboração de uma crítica da LaE, por parte de Dworkin, as seguintes obras podem ser úteis: DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Oxford: Clarendon, 1986, _____. *Law's Empire*. 6 Law & Phil., 1987. _____. *Taking Rights Seriously*. 7ª ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press., 1980. _____. *Why efficiency?* In: Kupperberg, Mark; Beitz, Charles. *Law Economics and Philosophy. A Critical Introduction with Applications to the Law of Torts*. Totowa, New Jersey: Roman and Allan Held., 1983 e _____. *The Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press. 1982.

³⁸ Habermas faz apologia de uma Teoria consensualista embasada numa razão comunicativa onde o conflito seja dirimido. Ver sua teoria in HABERMAS, Jürgen. *A Crise de legitimação no Capitalismo Tardio*. Trad. Vamirah Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980, _____. *Conhecimento e Interesse com um novo posfácio*. Intr. e trad. José N. Heck. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987, _____. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Trad. de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, _____. *Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Trad. de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, _____. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, _____. *Teoria de La Acción Comunicativa: complementos y Estudios Previos*, trad. de Manuel Jimenez Redondo. 2ª ed. Madrid: Cátedra Teorema, 1994, _____. *Técnica e Ciência como ideologia*. Trad. de Artur Morão. Lisboa: edições 70, 1968 e _____. *Razão Comunicativa e Emancipação*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

racionalidade tecnocrata - e, portanto, adotando-se suas premissas tem-se uma política econômica de cima para baixo deslegitimada e atentatória para a democracia, substituindo-se o parlamentar pelo tecnocrata e suprimindo-se os critérios de uma metajustiza maior que envolva princípios de equidade e distribuição.

Em realidade o embate ocorre em torno de um conceito de justiça que é adotado em função da escolha de critérios que justifiquem o discurso jurídico. Para solução da questão, deve ser relevado o fato de que o Direito, como ciência social, analisa fenômenos multidisciplinares; devendo levar em conta, para a consecução deste trabalho, o *instrumental* teórico carregado das ciências sociais tais como: a Filosofia, a Economia, a Sociologia, bem como, da própria ciência do Direito e de seus ramos tais como o Direito Constitucional, Teoria Geral do Estado, Direito Econômico, Teoria Geral do Direito e outros que se façam úteis.

De utilidade, então, se reveste o instrumental econômico, sendo considerados ramos da ciência econômica, tais como, a Teoria Microeconomia, a História do Pensamento Econômico, a Econometria, Estado e Economia e Política Econômica.

Em especial, recorre-se à Teoria Microeconômica, delimitando-se algumas de suas principais leis, conceitos - como os de Ciência Econômica, seu objeto, metodologia,...- as abordagens da Teoria do Consumidor, da Teoria da Firma, da análise do ponto de equilíbrio, da análise custo/benefício e demais instrumentais teóricos aplicáveis na elaboração de uma Teoria Geral do Direito conforme à LaE.

Na específica abordagem do movimento economicista do Direito e, em especial, da LaE, o aporte teórico conta com autores diversos como: Ronald H. Coase⁴⁰, Guido Calabresi⁴¹ e Richard A. Posner⁴² que sustentam a teoria de base quanto à LaE, sobre a qual autores outros como Santos Pastor⁴³, Carlos Otero Díaz⁴⁴, Hugo Rangel Couto⁴⁵, Juan Torres Lopes⁴⁶, George Stigler⁴⁷, Hans Bernd Schafer, Claus Ott⁴⁸ e A. Mitchell Polinsky⁴⁹, dentre tantos, podem contribuir para o entendimento do tema.

³⁹ Ver RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Op. cit.

⁴⁰ COASE, Ronald H.. *The Problem of Social Cost* 1960. Op. cit.

⁴¹ CALABRESI, Guido. *El Coste de los Accidentes : Análisis Económico Y Jurídico de la Responsabilidad Civil*. Trad. de Joaquín Bisbal. Barcelona : Ariel, 1984. e _____. *Some Thoughts on Risk Distribution and the law of Torts*. 1961. Op. cit..

⁴² POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Op. cit.

⁴³ SANTOS PASTOR, *Sistema Jurídico y Economía : Una Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Madrid : Ed. Tecnos, 1989.

⁴⁴ OTERO DIAS, Carlos. *Una investigación sobre la influencia de la economía en el derecho*. Madrid : Instituto de Estudios Políticos. Artes Gráficas Marisal, 1966.

⁴⁵ RANGEL COUTO, Hugo. *La Teoría Económica y el Derecho*. México : Porrúa, 1980.

⁴⁶ TORRES LÓPEZ, Op. cit.

De outra forma, ainda, são importantes as contribuições de Jeremy Bentham⁵⁰ e seu utilitarismo, de Wilfredo Pareto⁵¹ e sua teoria de otimização da riqueza, De Kaldor⁵² e Hicks⁵³ e seu critério de bem-estar e de William James⁵⁴ e seu pragmatismo como suporte teórico das premissas filosóficas da LaE.

Além dos fatores de influência teórico-filosófica citados para a consecução da LaE, Max Weber em sua obra denominada *A ética protestante e o espírito do capitalismo* também trata a respeito de um modo racional de pensar as relações sociais, verificando nexos entre crenças religiosas - salvação pela criação da riqueza -; a coerência ética da existência - valorização individual do trabalho - e atividade econômica disciplinada⁵⁵. Tal pensamento dá embasamento para a Reforma Protestante e o Calvinismo que condenaram o pensamento católico medieval. A análise sociológica de Weber contribui, pois, para o entendimento da LaE como opção de enfoque para o Direito norte-americano.

A partir do estudo, delimitador do suporte técnico-econômico e teórico-filosófico de uma nova maneira técnico-racional de pensar o Direito, vislumbra-se a necessidade de fundamentar e instrumentalizar teoricamente a pesquisa na abordagem de uma Teoria da Constituição e suas principais características, no conceito de Ordem e seus correlatos e na apreciação do campo do conhecimento jurídico específico denominado Direito Econômico para, então proceder-se ao estudo da Ordem Constitucional Brasileira em seus aspectos econômicos, destacando, primordialmente a Constituição Federal de 1988.

Instrumentaliza-se, pois, a pesquisa para a aplicação da LaE à *Civil Law* e, sendo assim possível, intenta-se fazê-lo no que diz respeito ao Direito Econômico Constitucionalizado no Brasil em 1988.

⁴⁷ STIGLER, George J. *The Theory of Price*, 4ª ed. New York: Macmillan Publishing Company, 1987. —, *The Economics of Minimum Wage Legislation*, 36 Am. Econ. Rev. 358, 1946. —, *The Optimum Enforcement of Laws*, 78 J. Pol. Econ. 526, 1970. —, *The Organization of Industry*, chs 5-10, 21, 1968 e —, *The Theory of Economic Regulation*, 2 Bell J. Econ. & Management Sci. 3, 1971.

⁴⁸ SCHÄFER CLAUS OTT, Hans-Bernd. *Manual de Análisis Económico del Derecho*. Madrid: Ed. Tecnos, 1991.

⁴⁹ POLINSKY, A. Mitchell. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 1985.

⁵⁰ BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos Principios da Moral e da Legislação*. Trad. Luiz João Baraúna. Coleção Os Pensadores. v. XXXIV. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

⁵¹ PARETO, Vilfredo. *Manual de Economia Política*. Trad. de João Guilherme Vargas Neto. Coleção Os Economistas. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

⁵² KALDOR, *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*. 49 Econ. J. 549. 1939.

⁵³ HICKS. *The Foundations of Welfare Economics*. 49 Econ. J. 696. 1939.

⁵⁴ JAMES, William. *The varieties of Religious Experience Pragmatism. A pluralistic Universe. The Meaning of Truth. Some Problems of Philosophy Essays*. New York: Literary Classics of the United States, Inc., 1987. —. *Pragmatismo e outros Textos* Coleção Os Pensadores. trad. Jorge Caetano da Silva, Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

⁵⁵ Ver WEBER, Max. *A ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. 9ª ed. Trad. Irene de Q. F. Sztreccsanyi. São Paulo: Pioneira, 1994.

A partir da Ordem Econômica Constitucional Brasileira, bem como da planificação econômica e da jurisprudência, se pode chegar à conclusão sobre o tipo de organização econômica que existe no País, bem como de que maneira inovadora pode dar-se a análise e interpretação das normas sob o enfoque econômico, delimitando uma práxis jurídico-administrativa, para o País, embasada em suporte principiológico-econômico.

A Constituição de 1988, como norma fundamental do Estado Brasileiro, institui ditames de ordem política, econômica e social. Quanto ao aspecto econômico, dentre outras intenções, tem presente o desiderato de delimitar a atuação - poder - do aparelho estatal quanto à prática, em mercado, dos agentes econômicos resguardando a liberdade destes, bem como delimitando a atuação do próprio agente estatal no domínio econômico. Manoel Gonçalves Ferreira Filho é feliz em elucidar quanto à necessidade de liberdade econômica:

(...) a liberdade não pode ser apenas política, sob pena de não vingar. A liberdade política não prescinde da liberdade econômica, que a alimenta e respalda na vida de todos os dias. E, por outro lado, a liberdade econômica pouco sobrevive à perda da liberdade política, pois o autoritarismo contemporâneo sempre expande a atuação estatal na economia. Daí o *vínculo entre liberdade política e liberdade econômica*, (...) ⁵⁶

Constitucionalmente, o ordenamento da atividade econômica foi incluído, no Brasil, em 1934, garantindo-se os princípios da justiça e a satisfação das necessidades da vida nacional, existência digna e liberdade econômica e já sendo garantidos monopólios estatais. Em 1937, consagrou-se a iniciativa individual delimitada pelo bem público, sendo possível, ao Estado, intervir na economia como coordenador dos fatores de produção e supridor das deficiências da iniciativa individual. Ainda, afirmava que a intervenção do estado, no domínio econômico, poderia ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

Na Constituição de 1946, priorizou-se a justiça social, conciliando a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, permitindo-se o monopólio estatal segundo o interesse público. No período militar de 1967, o Texto Magno apregoou a justiça social embasada nos princípios da livre iniciativa, valorização do trabalho humano, função social da propriedade, harmonia e solidariedade entre os fatores de produção, desenvolvimento econômico e repressão do abuso do poder econômico, facultando ainda a intervenção no domínio econômico e o monopólio estatal.

⁵⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo : Saraiva, 1990. p. 27.

A Carta Magna de 1988⁵⁷, acena, com ares democráticos, os princípios e fundamentos para a Ordem Econômica previstos em seu artigo 170. São eles: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; ainda sendo perseguidos como objetivos fundamentais, conforme o artigo terceiro, inciso II, III e IV garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Portanto, no Brasil, a prática liberal - capitalista, a economia de mercado e a livre iniciativa estão constitucionalmente garantidas como expressão democrática no uso do Poder econômico. De fato, esta garantida a possibilidade de ser explorada a atividade econômica, desde que segundo as leis pátrias, de forma democratizada em busca do desenvolvimento nacional. Decorrente disto, o Estado Brasileiro deve promover políticas que levem ao consenso entre o formal-legal e o técnico-racional.

A dicotomia Economia/Direito, então, pode ser reduzida à efetiva busca da eficiência alocativa dos diversos fatores de produção objetivando o desenvolvimento nacional e a garantia da segurança e certeza jurídica, em uma pragmática legalista que combine a racionalidade material do economista e a formal do jurista. De outra forma, ainda pode ser dito que se trata de obtenção de um consenso de práticas que possibilitem a harmonia entre *programas anti-inflacionários e ordem constitucional, entre gestão de políticas públicas e reconhecimento dos direitos individuais, entre meios tidos como ilegais e fins considerados*

⁵⁷ O tema referente à Constitucionalização da Ordem Econômica no Brasil sugere diversas abordagens, dentre as quais destacam-se a idéia de democracia econômica a partir de Manoel Gonçalves Ferreira Filho in *Direito Constitucional Econômico*. Op. cit., em que aborda, no Capítulo 3, a *Democracia política e Democracia Econômica*, bem como a abordagem crítica de Eros Roberto Grau in *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. Além disto, se apresenta necessário recorrer aos comentários sobre a atual Constituição Brasileira em diversos autores tais como, v. g.: José Eduardo Faria. in *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. Op. cit, Tupinambá Miguel C. do Nascimento in *A ordem econômica e financeira e a nova Constituição*. Rio de Janeiro: Aide, 1989. Arts 170 a 192.; José Afonso da Silva in *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8ª. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1992 e *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968; Pinto Ferreira in *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 6. arts. 163 a 192 e *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6ª. ed., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1993; Washington Peluso Albino de Souza e seus trabalhos: *Conflitos Ideológicos na Constituição Econômica*. in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. n.º. 74/75. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais. jan./ jul., 1992; *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. Série Manuais. n. 1. Belo Horizonte: Fundação Brasileira de Direito Econômico, 1977; *Direito Econômico e Economia Política*. Belo Horizonte: Prisma Editora Cultural. s/d e *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva. 1980, Raul Machado Horta. e seu texto *Constituição e Ordem Econômica e Financeira*. in: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. n. 72. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais. Jan., 1991; J. Cretella Júnior in *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. v. VIII. arts. 170 a 232 e *Comentários à Lei Antitruste* (Lei n 8884 / 94). Rio de Janeiro: Forense, 1995, Celso Ribeiro Bastos in *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1991 e *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 7. arts. 170 a 192.⁵⁷

*como legítimos, numa palavra entre governabilidade substantiva e legitimidade legal-racional*⁵⁸

2.6 PROCESSOS METODOLÓGICOS

Utiliza-se como método de abordagem para o tema o indutivo enquanto que o método de procedimento escolhido é o descritivo-argumentativo.

No que diz respeito às técnicas de pesquisa, para a consecução dos trabalhos elaborativos da presente apreciação acadêmica, utilizaram-se técnicas de pesquisa documental e bibliográfica. No que concerne à primeira, verificaram-se fontes primárias escritas ou não, tais como: documentos de arquivos públicos, publicações parlamentares e administrativas, estatísticas; e no que se refere a segunda fonte, bibliográfica, utilizaram-se revistas, periódicos e publicações em geral.

Destaque-se, também, a importância de fontes tais como Revistas de Jurisprudência e jornais, elucidadores da realidade econômica nacional e da prática econômico-interpretativa do Direito.

2.7 PLANO DE DESENVOLVIMENTO DO ESTUDO.

Com o objetivo de analisar a LaE bem como verificar sua aplicação no Direito Constitucional Econômico Pátrio vigente, os diversos temas foram abordados em uma sequência que procura o fácil entendimento para o leigo leitor em Economia. Prioriza-se um linguajar acessível em detrimento do extremo tecnicismo possibilitando a interação entre o formalismo jurídico e o racionalismo econômico.

Esboçada, inicialmente, uma INTRODUÇÃO propedêutica no sentido de familiarizar o leitor com o tipo de problema tratado no bojo do trabalho; os objetivos a serem alcançados; a justificativa da pesquisa e sua importância teórica; a apresentação da fundamentação teórica e a metodologia seguida; desenvolve-se o texto em 4 capítulos acrescidos de uma conclusão. Intenta-se, dessa forma, a evolução racional e a compreensão, por parte do atento leitor, na

⁵⁸ FARIA, José Eduardo, *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. Op. cit. p. 15.

apresentação e discussão do assunto-tema em uma progressão metódica e facilitadora das possíveis dificuldades a serem encontradas.

O CAPÍTULO I objetiva demonstrar os principais aportes teóricos da Teoria Econômica uma vez que a LaE é definida como sendo a aplicação da Teoria Econômica, mais especificamente da Microeconomia e, em especial; da Teoria Econômica do bem-estar à análise e interpretação do Direito.⁵⁹ Assim, de forma preliminar, intenta-se deixar, o leitor, a par de conceitos e leis econômicas que serão trabalhadas nos capítulos posteriores, principalmente, no Capítulo II. A Economia⁶⁰ é, aqui, analisada de forma a serem apresentados os principais temas e fundamentos teóricos que lhe são inerentes tais como: conceito de sua ciência, conteúdo, objeto, metodologia, o fenômeno econômico, a questão da eficiência econômica e suas diversas abordagens bem como as leis básicas de uma economia de mercado.

Neste Capítulo I, são apresentados, ainda que sinteticamente, com recurso de gráficos e de tabelas, dentre outros, conceitos importantes tais como o de Utilidade e Utilidade Marginal, Curvas de Indiferença, de Preço-Consumo, de Demanda, de Oferta ou de Produção, dos diversos Custos e, finalmente a visão de um ponto de equilíbrio de mercado como que familiarizando e instrumentalizando o raciocínio do jurista-economista.

De posse de um arcabouço teórico carregado na Teoria Econômica, desenvolve-se, no CAPÍTULO II, o estudo de apresentação da LaE; delimitando-se-lhe seus aspectos históricos, seus diversos enfoques tais como o Tradicional da Escola de Chicago, o Neo-institucional, o da *Public Choice* e os Estudos da Crítica Jurídica - ECJ, suas características conceituais, suas premissas e possibilidades.

Intenta-se, a seguir, elaborar raciocínio delineador do embasamento filosófico da LaE. Buscam-se as raízes do movimento, justificando-as em uma ação contínua pós-realista de caráter pragmático e utilitarista inerente a uma prática economicista que justifica e explica o Direito. Propõe-se, em seguida, a apresentação dos precursores teóricos do movimento, quais sejam : Guido Calabresi e Ronald H Coase, chegando-se, então, à obra de Richard A. Posner,

⁵⁹ Segundo Pedro Mercado Pacheco o tema trata (...) de la renovación de la ciencia jurídica a través de la adopción de una perspectiva interdisciplinar, peculiar por el peso que en ella tiene la ciencia económica, la utilización de técnicas como el análisis coste-beneficio en la elaboración de las políticas jurídicas y en la justificación de las decisiones judiciales, la apertura decidida del discurso jurídico al tema de las consecuencias económico-sociales del derecho, o la consideración de la eficiencia económica como valor jurídico. Ver in PACHECO, Pedro Mercado. *El Análisis Económico del Derecho. una reconstrucción teórica*. Op. cit. p. 23.

⁶⁰ Não se pretende esgotar o assunto, mas, tão somente, trazer importantes categorias e dados econômicos ao conhecimento do cauteloso leitor, de forma facilitada e sem necessidade de uma pesquisa imediata e profunda em obras de Teoria Econômica repletas do jargão economicista, quando da leitura do trabalho. Entretanto, também, não se quer desaconselhar tal leitura àqueles que desejem, por ventura, obter maiores esclarecimentos e aprofundados estudos no campo temático da Teoria Econômica e, para tanto, indica-se razoável bibliografia.

com especial ênfase ao título de seu trabalho *Economic Analysis of the Law*.⁶¹ Esta obra consagrou e polemizou o assunto nos idos das décadas de sessenta e de setenta podendo ser considerada um clássico e mais; trata-se de um verdadeiro desafio científico sobre o assunto, uma vez que, o citado autor, inovou ao apregoar a utilização da Teoria Econômica para campos do Direito nunca antes imaginados como interpretáveis à luz de conhecimentos econômicos; tais como o Direito de Família, o Direito Civil, o Direito Penal e outros. Em Posner verificam-se os principais institutos da *Common Law* e, em especial sua abordagem sobre o Direito Constitucional norte-americano. Em continuidade do trabalho, tecem-se breves comentários sobre as possíveis críticas e seus autores quanto à LaE apresentando-se, com destaque John Rawls, Ronald Dworkin e Jürgen Habermas. Ainda, no Capítulo II, planeja-se a aproximação da aplicação da LaE à *Civil Law*; preparando a abordagem posterior e derradeira, no Capítulo IV, inerente à constitucionalização de princípios econômicos na Ordem Constitucional Econômica da Constituição de 1988 e sua análise à luz da LaE.

Instrumentalizando a pesquisa, no CAPÍTULO III, são apresentados conceitos básicos inerentes ao campo de aplicação específico ao qual se quer, neste trabalho, atingir, quando da utilização da LaE. Inicialmente, conceitua-se Ordem e seus correlatos, delineiam-se breves tópicos sobre a Teoria da Constituição e, por fim, trata-se do histórico econômico-constitucional brasileiro.

Diferem totalmente as abordagens do Direito Econômico e da LaE uma vez que uma não deve confundir-se com a outra. Torna-se objetivo, então, aplicar a segunda como instrumento de análise da primeira enquanto, sendo esta, abordagem específica e caracterizadora de ramo específico do Direito; no que diz respeito à sua constitucionalização e, mais especificamente, aos princípios de caráter econômico constitucionalizados. Caracteriza-se, pois, o Direito Econômico como ramo próprio do Direito com sujeito, objeto e metodologia próprios, diferenciando-o da abordagem da Escola de Chicago.

No CAPÍTULO IV desenvolve-se, em um primeiro momento, estudo das contribuições interpretativas do Direito, com ênfase para a interpretação constitucional, permitindo, em segundo momento, traçar paralelo entre a interpretação jurídico-formal tradicional e a nova análise economicista do Direito - LaE.

Por fim, é efetuada a análise dos Princípios Constitucionais Econômicos verificados na Constituição Brasileira de 1988 sob o enfoque da LaE como nova opção aos antigos métodos

⁶¹ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Op. cit.

interpretativo-constitucionais ou como nova metodologia analítico-crítica teorizadora do Direito posto. Trata-se, na verdade, da tentativa de aplicação da LaE ao Direito de Países onde impera a *Civil Law*, como o Brasil, regidos pela prática da Codificação, a exemplo daqueles que possuem Direito Consuetudinário, característico da *Common Law*, onde o movimento originou-se.

O trabalho é concluído com uma síntese da abordagem desenvolvida e a análise das propostas iniciais; apresentando-se, em seguida, os adendos e a referência bibliográfica disposta de forma geral e por ordem alfabética.

CAPITULO I A TEORIA ECONÔMICA E O DIREITO

1.1 Introdução. 1.2 Conceitos Econômicos: Generalidades. 1.2.1 Economia. 1.2.2 Ciência Econômica. 1.2.3 Objeto da Ciência Econômica. 1.2.4 Metodologia da Ciência Econômica. 1.3 O Fenômeno Econômico e as Leis Econômicas. 1.4 A Eficiência Econômica. 1.4.1 A Optimalidade de Pareto. 1.4.2 O Critério de Kaldor-Hicks. 1.5 As Leis Básicas de uma Economia de Mercado. 1.5.1 A Teoria da Utilidade. 1.5.1.1 Utilidade Total e Utilidade Marginal. 1.5.1.2 As Curvas de Indiferença. 1.5.2 A Teoria do Consumidor. 1.5.2.1 A Reta Orçamentaria. 1.5.2.2 O Equilíbrio do Consumidor e as Curvas Renda-Consumo e Preço-Consumo. 1.5.2.3 A Curva de Demanda. 1.5.3 A Teoria da Produção e do Custo. 1.5.3.1 Dos Custos Totais. 1.5.3.2 Dos Custos e Produto Médios e do Custo e Produto Marginal. 1.5.3.3 A Curva de Oferta. 1.5.3.4 Ponto de Equilíbrio - Oferta - Demanda. 1.6 A Teoria da Firma e a Organização do Mercado. 1.6.1 A Teoria do Preço nos Mercados de Concorrência Perfeita. 1.6.2 A Teoria dos Preços sob Monopólio Puro. 1.6.3 A Teoria dos Preços sob a Concorrência Monopolística. 1.6.4 A Teoria do Preço nos Mercados de Oligopólio. 1.7 Da Análise Custo/Benefício.

Não há dúvida de que a Economia constitui um ramo autônomo do conhecimento humano. Todavia, o isolacionismo que caracterizou a maior parte das primeiras investigações econômicas e que parece ter-se acentuado durante a segunda metade do século XIX está gradativamente cedendo lugar a um enfoque multidisciplinar, que aproxima a Economia das outras Ciências Sociais, devido ao reconhecimento da existência de uma complexa rede de interdependência que a une à História, à Política, à Geografia, à Sociologia e ao Direito, além de uni-la a outros importantes ramos do conhecimento humano, entre os quais se incluem os métodos quantitativos.¹

1.1 INTRODUÇÃO

A bem da verdade, a natureza existindo como um *prius* a ser dominado pelo raciocínio humano ou passando, ela, a existir uma vez concebida e apropriada pela mente humana através de metodologias próprias; tem-se um todo representativo do conhecimento humano que serve, ao homem, como herança cultural a ser transmitida pelas diversas gerações. O problema está, então, na maneira como esta riqueza será transmitida entre os membros das diversas gerações.

Como transmitir para a posteridade o, hoje, aprendido - conhecimento - de forma a constituir-se testemunho da existência ?

Indubitavelmente, pode ser respondida a questão acima, através do estudo e da significação dos fatos e objetos; mormente, através da escrita que, no entanto, necessitará ser entendida e decifrada, interpretada e analisada por outros seres humanos.

Para que este conhecimento tenha significação, necessita-se adotar métodos próprios. Um deles é o cartesiano onde o todo intelectual é dividido em partes para melhor compreensão. Talvez, por não ter sido utilizada com prudência, tal metodologia levou ao extremismo da compartimentação excessiva e da visão isolacionista e estritamente disciplinária sobre a

¹ ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à Economia*. 14 ed. rev., atual., ampl. São Paulo : Atlas, 1990.p. 37.

fenomenologia. Hodiernamente, a humanidade encontra-se em direção contrária a referido procedimento, procurando difundir atitude interdisciplinar para a apreciação dos diversos objetos que circundam o sujeito, interagindo com este de forma abrangente.

De qualquer forma, nesta atitude de compartimentação do conhecimento para melhor entendimento; um dos ramos de estudo criado é o chamado econômico. A Ciência Econômica é o objeto deste capítulo, uma vez que, como foi dito, a LaE trata da utilização interdisciplinária dos embasamentos teóricos carreados da Economia para a análise do Direito.

A aproximação, em um primeiro momento, é surpreendente já que, a princípio, haveria uma diferença metodológica na compreensão da fenomenologia social por parte de ambas ciências; entretanto, é interessante verificar que a unicidade de determinado fenômeno pode ser apreciada sob diversos pontos de vista sem deixar que este continue individualizado e inalterado. A Economia é uma ciência analítica por natureza e aplica-se ao Direito na medida em que propicia-lhe a metodologia necessária para quantificar interesses, analisar procedimentos e indicar soluções com tendências probabilísticas que levem à dissipação dos conflitos e satisfação das necessidades, bem como à elaboração legislativa. Intenta-se, assim, eliminar a legislação e o julgamento político-volitivo e aleatório despreocupado com as tendências das partes envolvidas, da sociedade como um todo e do mercado. Apontam-se, desta forma, soluções que tenham menor caráter político e, portanto, com menor possibilidade de serem arbitrárias; que sejam, com efeito, técnico racionais uma vez embasadas em critérios predeterminados e que levem a maximizar a obtenção de resultados satisfatórios para as diversas necessidades prementes que estão na pauta de um legislador ou *sub judice*.

Conseqüentemente, a Ciência Econômica, passa a ter papel preponderante ao explicar o fenômeno jurídico-econômico e, aqui, tem-se, já, uma peculiaridade a ser apontada. A fenomenologia estudada pelas Ciências Sociais é única, não existindo o fenômeno econômico dissociado do fenômeno jurídico; assim como é uma ficção verificar, no ser humano, ora o *homo juridicus*, ora o *homo oeconomicus*. A realidade é uma só e, se pode ser apreciada de vários ângulos para um melhor entendimento, também, pode ser apreciada em seu conjunto, de uma forma holística como requer o momento vivido pela humanidade.

Desde que o homem adquiriu consciência de si mesmo, procurou identificar as condições necessárias para a sua sobrevivência acumulando-as e protegendo-as, inclusive, estabelecendo regras de utilização e manutenção das mesmas. A Economia e o Direito já estavam, desde então, lado a lado.

Aliás, dentro da etapa capitalista, na evolução dos sistemas econômicos, o Direito racional, isto é, *direito calculável* se fez e se faz necessário, para que a *exploração das diversas atividades econômicas* possa ser desenvolvida dentro de uma perspectiva de segurança jurídica, que impeça as incertezas e instabilidades não permitidoras da acumulação.²

O Estado³, com seu Direito, vem em socorro das necessidades dos empreendedores - agentes econômicos - como que propiciando, então, as condições mínimas para o desenvolvimento da atividade econômica e social como um todo. É o dito elemento coercitivo que Weber refere estar sob domínio do Estado que garante a atividade econômica regulando-a e dirimindo seus conflitos.⁴

O presente Capítulo objetiva inserir o leitor no panorama visualizado na linguagem dos economistas - *economês* - e, ainda, intenta demonstrar, basicamente, os principais temas que são atribuídos à Ciência Econômica e que se desenvolvem, na Teoria Econômica, especificamente em seu ramo denominado Análise Microeconômica; tais como: Conceito de Economia e generalidades, o objeto, a metodologia, o fenômeno econômico e as leis econômicas, a questão da eficiência econômica, da Optimalidade de Pareto, o Critério de Kaldor-Hicks e as leis básicas de uma Economia de Mercado.

Está-se, dessa forma, a preparar e ambientar, pedagogicamente, o leitor para o conhecimento da LaE.

1.2 CONCEITOS ECONÔMICOS: GENERALIDADES

Problema crucial, para a humanidade, é a forma como podem ser, satisfatoriamente, saciadas as ansiedades e desejos inerentes à condição humana, ou, em outras palavras, como se

² No mesmo sentido Max Weber ensina que uma das condições para o desenvolvimento da atividade empresarial, em uma economia capitalista, é o *Direito racional*, isto é, *direito calculável*. Para que a *exploração econômica capitalista* proceda racionalmente precisa confiar em que a justiça e a administração seguirão determinadas pautas. Ver in WEBER, Max. *História Geral da Economia*. Trad. Calógeras A Pajuaba. São Paulo : Mestre Jou., 1968. p. 251.

³ Justificando a existência do Estado, Vital Moreira ensina: *Reconhecida definitivamente a incapacidade da economia para se regular a si mesma, em absorver ou neutralizar os conflitos que a dilaceram, em corresponder às exigências que lhe são afeitas por uma sociedade que reclama o aproveitamento integral das suas potencialidades; reconhecida essa situação, é sobre o estado que vem impender a execução de papéis que até aí lhe estavam defesos. É o estado que vem reclamar-se de 'principal responsável pelo curso da economia, instituindo todo um quadro institucional em que ele se move, controlando-o, dirigindo-o ou dedicando-se diretamente à produção econômica*. Ver in MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. Lisboa : Centelha, 1978. pp. 55-56.

⁴ Diz Weber : (...) *segundo a experiência histórica, atrás de toda economia existe um elemento coercitivo atualmente, manejado pelo Estado e, em épocas passadas, amiúde, pelas corporações - e até mesmo uma economia socialista ou comunista dele necessita para por em prática suas ordenações; mas esta coação, agora não é, precisamente, uma atuação econômica, e sim, tão somente, um meio para assegurá-la*. in WEBER, Max. *História Geral da Economia*. Op. cit. p. 10.

pode dar a satisfação das diversas necessidades em uma atividade de escolha constante entre escassas oportunidades e meios. A escassez é o pressuposto básico da Economia que leva o homem a inovar e criar na busca inexorável de sua subsistência e, mais, na conquista de seu crescimento enquanto ser dotado de inteligência.

Ao proceder em meio à sua atividade econômica, o homem opta por *produzir* bens e serviços; por *distribuir*, planejadamente, as utilidades que lhe são disponíveis, temporalmente e segundo as possibilidades de emprego; fazendo-as, inclusive *circular* em busca desse melhor emprego sendo, por fim, *consumidas*. Estão aí, então, descritos os clássicos fatores da Economia : produção, repartição, circulação e consumo de bens e utilidades para satisfação de necessidades.

Em termos históricos, a expressão *economia política* surgiu no século XVII com o *Traité de l'Économie Politique* de Antoine de Montchrétien⁵ (1575-1621), embora Aristóteles seja apontado, por alguns doutrinadores como o idealizador do assunto. No tempo de Aristóteles *oikonomia* significava a *ciência do abastecimento, que trata da arte da aquisição*.

A área de abrangência do novo ramo do conhecimento ampliou-se, principalmente com o surgimento dos Estados-nação, das descobertas do período pós-renascentista e em função da necessidade de desligar a Análise Econômica da Ética, passando a atribuir-se-lhe a questão da administração e fortalecimento do Estado inserido no processo econômico.

A temática de caráter economicista vem, a partir de então, sendo desenvolvida de forma a tornar-se um ramo independente do conhecimento humano.

1.2.1 ECONOMIA:

Mais do que nunca o homem está preocupado com os temas ligados à Economia, uma vez que , no limiar do século XXI, as incertezas são grandes quanto a uma excelente qualidade de vida em função de uma ação esgotadora dos recursos do Planeta Terra, por parte do próprio homem. Nunca a exploração de tais recursos ocorreu de forma tão devastadora como nos últimos cem anos e os custos sociais e materiais disto são preocupantes. Populações morrem famintas, centros econômico-financeiros enfrentam as instabilidades dos mercados e as mudanças político-institucionais renovam o mapa político mundial; tantas são as variáveis e

⁵ MONTCHRÉTIEN, Antoine de. *Traité de l'Économie Politique* . Paris . 1615.

contingências que justificam um estudo sério do importante fenômeno econômico.

A partir da década de trinta com o *Crash* da Bolsa de Nova Iorque, e com a atitude intervencionista dos governos que, já, não mais acreditavam na possibilidade única do *laissez faire - laissez passer*; e, mesmo, com a economia de guerra inerente aos conflitos mundiais de 1914-18 e de 1939-45 a Economia, como ciência, passou a ser assunto de primeira ordem na busca de um almejado desenvolvimento econômico procurado por todos os países inseridos em uma verdadeira *corrida* com objetivo de alcançarem a estabilidade econômica, desenvolvimento sócio-econômico e universalização das condições inerentes à economia do bem-estar.

Detectada a sua importância, a Economia pode ser conceituada e definida de diversas formas; sempre ficando evidenciada a ingerência do homem sobre os diversos e limitados recursos que o cercam; no que diz respeito a sua produção, circulação, consumo e repartição. A fenomenologia econômica, pois, faz-se apreciada, pelo conhecimento humano, através de uma ciência que lhe é própria: a Ciência Econômica.

1.2.2 CIÊNCIA ECONÔMICA

Dentro da perspectiva descartiana de compartimentação do conhecimento humano, a economia, também passa a ser cientificamente abordada na medida em que se lhe identificam sujeito, objeto e metodologia próprios.

Interessante aclarar que, conforme Joseph A. Schumpeter, torna-se difícil identificar um conceito de Economia devido às diversas formas pelas quais o termo foi apropriado pelos autores. Às vezes equivalente ao que se conhece hoje por Teoria Econômica e às vezes como conhecimento instrumentalizado cujo objeto é a atuação do Estado tão somente. Para o autor, economia (científica) é o *complexo formado pelas técnicas históricas, estatísticas e teorias (...) juntamente com os resultados obtidos com a ajuda das mesmas.* (em espanhol no original).⁶

Generalizadamente, podem ser determinados alguns conceitos de economia e Ciência Econômica como segue.

⁶ Incorrendo em um lapso, justificado pela natureza deste trabalho, não se citam diversas contribuições históricas mas indica-se, para maiores esclarecimentos, sobre a História da Análise Econômica, a importante obra de Joseph A. Schumpeter para ser consultada. Ver in SCHUMPETER, Joseph A. *História del Análisis Económico*. Trad. Lucas Mantilla México: Fondo de Cultura Económica, 1984.p.36 e ss.

Na antiga Grécia, Xenofonte a denominava *oikonomia* (*Oikos* - casa e *nomus* - lei) e, por sua vez, Aristóteles em sua *crematística* a teria definido como *a ciência do abastecimento, que trata da arte da aquisição*⁷.

Já, no século XVIII, a economia toma ares de objeto científico em função do iluminismo em que predominava o raciocínio lógico e o cientificismo desestruturador dos ideais renascentistas. Neste período, duas importantes obras são apresentadas, em 1758 e 1776: *Tableau Économique de François Quesnay*⁸ e *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* de Adam Smith⁹. A partir destes marcos teóricos, os pensadores clássicos preocupar-se-iam com a trilogia econômica da formação, distribuição e consumo das riquezas.

O período clássico¹⁰ (1790 a 1870) abrangeu diversos posicionamentos teórico-filosóficos que, indubitavelmente, influenciaram na economia e em sua teorização. As correntes filosóficas que mais se destacaram a influir o pensamento econômico foram criadas neste período ou mesmo durante o século XVIII, mas com grande repercussão no século seguinte. Destacaram-se, em vista disso, o utilitarismo de Jeremy Bentham, as idéias de James Mill e de John. S. Mill; a filosofia especulativa alemã de Kant e seu racionalismo, Schelling, Fichte, Hegel - com sua Teoria do Estado e filosofia evolucionista; Schopenhauer, as idéias de Augusto Comte e seu positivismo, os ideais românticos - contrários às idéias benthamitas, as idéias socialistas pré-marxistas - associacionistas, anarquistas, saint-simonistas e o pensamento marxista.

Pensadores ligados à economia e seu estudo podem ser lembrados¹¹, enfatizando-se a contribuição de Jean Baptiste Say(1767-1832): para quem a *Economia Política torna conhecida a natureza da riqueza; desse conhecimento de sua natureza deduz os meios de sua formação revela a ordem de sua distribuição e examina os fenômenos envolvidos em sua destruição, praticada através do consumo*¹²

Por sua vez, John Stuart Mill, referiu-se à Economia em seu caráter de riqueza e as leis de sua produção e distribuição, compreendendo, nestes conceitos, *direta ou remotamente, o*

⁷ ...O pensamento de Aristóteles a respeito do assunto pode ser lido em suas obras *Política* I, 11 e *Ética a Nicômacos*. Trad. de Mário da Gama Kury, 3ª ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, c1985, 1992. V, 5.

⁸ Maiores informações sobre F. Quesnay e os fisiocratas ver in SCHUMPETER. *Op. cit.* p. 212-232.

⁹ A fim de que o cauteloso leitor possa melhor identificar a obra de A. Smith na história econômica ver in SCHUMPETER, *Op. cit.* p. 177-189.

¹⁰ Adota-se aqui o entendimento de J. A. Schumpeter. *Op. cit.* p. 343-633.

¹¹ Destaque-se, além de outros, os nomes de Mountifort Longfield (1802-1884), Johann Heinrich von Thünen (1783-1850), John Rae (1796-1872), David Ricardo (1771-1823).

¹² SAY, Jean Baptiste. *Tratado de Economia Política*. Coleção Os Economistas. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

*funcionamento de todas as causas em função das quais a situação da humanidade(...) prospere ou decaia*¹³.

Como definições contemporâneas têm-se a contribuição de autores como, v.g.:

Max Weber para quem economia é o *exercício pacífico de um poder de disposição que, em princípio, está economicamente orientado*; enquanto *atividade econômica é aquela orientada a procurar "utilidades" (bens e serviços) desejáveis ou as probabilidades de disposição sobre as mesmas*.¹⁴

Marshall, que conceitua *Economia* como *a ciência que examina a parte da atividade individual e social essencialmente consagrada a atingir e a utilizar as condições materiais do bem-estar*¹⁵.

Paul A Samuelson para quem *Economia* é tida como *a ciência que se preocupa com o estudo das leis econômicas indicadoras do caminho que deve ser seguido para que seja mantida em nível elevado a produtividade, melhorado o padrão de vida das populações e empregados corretamente os recursos escassos*.¹⁶

Ferguson que define a *Economia* como *um estudo do método de alocação de meios físicos e humanos escassos (recursos) entre fins alternativos - uma alocação que atinge um objetivo ótimo ou máximo estipulado*¹⁷.

A Ciência Econômica, portanto, é o ramo do conhecimento que está direcionado a estudar, interpretar e analisar a Economia e seu objeto, solucionando os problemas de escassez e o emprego dos fatores produtivos na consecução dos fenômenos econômicos da produção, repartição circulação e consumo. Desde Adam Smith¹⁸ e seu *Wealth of Nations* em que o objeto da Economia era a natureza e as origens da riqueza é possível chegar a John Maynard Keynes¹⁹, para quem este objeto é a pesquisa das forças que governam o volume da produção e do emprego em seu conjunto.

¹³ No seu artigo intitulado *Da definição de Economia Política e do Método de Investigação próprio a ela*, John Stuart Mill trabalha de forma interessante e minuciosa seu entendimento sobre a Economia; ver in MILL, John Stuart Mill. *A sistem of logic, An examination of Sir William Hamilton's philosophy; On the definition of political economy and on the method of investigation proper to it*. Coleção Os Pensadores. v. XXXIV. São Paulo : Abril Cultural. 1974. pp. 289 e ss.

¹⁴ WEBER, Max . *História Geral da Economia*. Op. cit. p.9.

¹⁵ MARSHALL, Alfred. *Princípios de Economia: tratado introdutório*. Trad. e rev. Rômulo de Almeida e Ottolmy Strauch; introd. de Ottolmy Strauch. Coleção Os Economistas . São Paulo : Abril Cultural. 1982. p. 23.

¹⁶ SAMUELSON, Paul Anthony. *Introdução à Análise Econômica*. 8 ed. Rio de Janeiro : AGIR, 1975.

¹⁷ FERGUSON, C.E. *Microeconomia*. Trad. de Almir Guilherme Barbassae Antonio Pessoa Brandão, rev. téc., de Fernando Lopes de Almeida e Francisco Rego Chaves Fernandes 12ª ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1989. p. 1

¹⁸ SMITH, Adam . *A Riqueza das Nações : investigação sobre sua natureza e suas causas*. introd.. Edwin Cannan , apresentação Winston Fritsh, trad. Luiz João Baraúna. Coleção Os Economistas . São Paulo : Abril Cultural. 1983.

¹⁹ KEYNES, John Maynard - *Teoria Geral do Emprego, do Juro e do Dinheiro*. Op. cit.

1.2.3 OBJETO DA CIÊNCIA ECONÔMICA

Toda ciência, como conhecimento instrumentalizado por metodologia adequada, trata de um tema específico e plenamente determinado; seu objeto. Muitas tem sido as preocupações dos pensadores com relação à Economia e seu respectivo objeto.

Para David Ricardo²⁰, em 1820, era identificado, como objeto da Ciência Econômica, a repartição da riqueza; enquanto que, para Adam Smith, em sua obra *Wealth of Nations*²¹ interligava-se a Economia com a origem da riqueza. Na década de trinta, John Mainard Keynes²² abordou a Economia preocupado com as flutuações da atividade econômica. De qualquer forma, com o aprofundamento dos estudos, tem-se observado, como objeto, em uma Economia do bem-estar, o aproveitamento ótimo dos escassos recursos disponíveis para a satisfação de ilimitadas necessidades humanas.

1.2.4 METODOLOGIA DA CIÊNCIA ECONÔMICA

Em função de atingir seu fim, a Economia como Ciência tem metodologia específica. Ao serem elaboradas leis, princípios, teorias e modelos econômicos, são verificados três processos básicos de averiguação de seu objeto para fins de obtenção das verdades científicas; quais sejam: o reconhecimento, a indução e a dedução²³.

Pelo reconhecimento, são detectados os fenômenos descrevendo-os e classificando-os segundo dispostos na realidade fática.

Em relação à indução, parte-se de uma realidade particular para uma generalização teórica que justifique o comportamento apreciado no mundo real; enquanto que na dedução tem-se um processo inverso, na medida em que, a partir da generalização apriorística desenvolve-se raciocínio justificador de um fenômeno particularizado. A metodologia, enfim, tem objetivo certo de identificar e apreciar, de forma sistemática, a realidade; determinando-se, assim, leis,

²⁰ RICARDO, David. *Princípios de Economia Política e Tributação*. Intr. Piero Sraffa, apres. Paulo Singer, trad. Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. Coleção Os Economistas. São Paulo : Abril Cultural, 1983.

²¹ SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Op. cit.

²² KEYNES, John Maynard - *Teoria Geral do emprego, do juro e do dinheiro*. Op. cit.

²³ C. E. Ferguson apresenta como principais métodos para a apreciação da fenomenologia econômica o estatístico ou experimental, o dedutivo de argumentação lógica e o método conciliador dos posicionamentos anteriores denominado positivista lógico que aceita tanto a abstração experimental como a teórica. Ver in FERGUSON. C.E. *Microeconomia*. Op. cit.. p. 5-6.

princípios gerais, teorias e modelos explicitadores e simplificadores do real. É o conhecimento instrumentalizado.

A partir, pois, da observação sistemática da realidade fática, seja pela indução, pela dedução ou pelo confronto direto entre teoria e causa, são formuladas hipóteses, teorias, princípios, leis e modelos que, comparados com o mundo real, são aprovados ou rejeitados segundo a permanente observação.

A instrumentalização economicista parte, portanto, de um individualismo metodológico maximizador de resultados, segundo aplicação de processos ora indutivos, ora dedutivos, e, por fim, interativos entre si ou mistos. Além disso, socorre-se, a Ciência Econômica, de outras técnicas tais como a Estatística, a Contabilidade e a História, tudo voltado para a pesquisa, observação, análise e síntese de dados com intuito de, em um segundo momento, propiciar-se a previsão e prospecção dos fatos econômicos²⁴.

1.3 O FENÔMENO ECONÔMICO E AS LEIS ECONÔMICAS

Os fatos, existindo no mundo real, tornam-se possíveis de apreciação uma vez dispostos os instrumentais necessários. Partindo deste *apriorismo*, trata-se, como fenômeno, tudo aquilo que pode ser objeto de averiguação através de metodologia adequada, segundo ciências próprias e seus discursos. Sem levar-se a discussão para o campo filosófico da *existência* em relação à *essência*, o que se intenta é, através da apreciação dos seres, das coisas e do comportamento e relação de uns com os outros, inventariar premissas que expliquem a ocorrência dos fenômenos e fatos de forma a possibilitar padrões de conduta.

Ao optar-se pela descrição que constata ou pela construção de um fenômeno, em última análise, o que se pretende é a explicação de sua ocorrência ou manifestação no mundo real. Tal processo deve ocorrer segundo metodologia aleatoriamente escolhida dentre as possíveis. Ao ser preferido o método econômico para análise dos fatos, não se está, simplesmente, a defender um ponto de vista economicista como única e derradeira solução ou opção. Na verdade, em função da necessidade de explicar ou significar os fenômenos que cercam os homens ou que lhes relacionam entre si, utilizam-se dos instrumentais metodológicos disponíveis que mais adaptem-se ao discurso pretendido. No caso da LaE, por exemplo, opta-

²⁴ Ver, também, SOUZA, Washington Albino Peluso de. *Direito Econômico e Economia Política*. Op. cit. pp. 17-26.

se por uma visão economicista dos fenômenos que, de qualquer maneira, são os mesmos a serem, possivelmente, analisados por outras ciências e seus métodos ou, ainda, segundo concepções de mundo e discursos diversos. Assim, podem ser utilizados, segundo ponto de vista do observador, métodos psicanalíticos, religiosos, antropológicos, sociológicos, jurídicos e outros que objetivarão a análise dos fatos que, acabados e imutáveis continuarão a ser os mesmos vistos, obviamente, sob ângulos distintos.

Os fenômenos, do ponto de vista econômico, envolvem, basicamente, a produção, circulação repartição e consumo da riqueza por parte do homem enquanto esteja este desenvolvendo sua atividade, considerada, sob esse ângulo ou perspectiva, econômica. Uma vez que estes fenômenos estão dispostos na realidade social merecem ser apreciados por uma ciência que leve em conta metodologias de caráter social. A Economia é uma ciência social que através da constatação da realidade, tabulação de dados e verificação das possibilidades objetiva obter parâmetros de comportamento previsíveis uma vez ocorridas as circunstâncias constatadas como determinantes do fenômeno. Pode ser tida como uma maneira de quantificar as reações humanas e justificar-lhes segundo regras de comportamento embasadas na racionalidade que atua em função de um critério maximizador de resultados.

Está-se, assim, a tratar do *homo oeconomicus* que atua racionalmente, procurando obter de suas escolhas os melhores resultados para satisfação de suas necessidades, em uma ética utilitária, individualista e maximizadora.

As leis econômicas, dessa forma, têm natureza probabilística voltadas a indicação de tendências que, sob certas circunstâncias, levam à produção de específicos resultados. Uma vez determinadas as leis que justificam os comportamentos como que diagnosticando-os, estas tornam-se passíveis de aplicação a hipóteses futuras de forma a prognosticarem reações e/ou efeitos que, então deixam de ser casuísticos e passam a ser controlados segundo incentivos e/ou desestímulos. Assim, torna-se possível, ao homem, intervir e/ou direcionar os acontecimentos individuais e/ou sociais conforme seja, a fenomenologia, analisada economicamente; objetivando-se, com esta análise, melhores resultados dentre os possíveis para dado condicionamento e/ou circunstâncias. As soluções e conseqüências dos atos humanos e dos fatos passam, através da metódica economicista, a serem prováveis e mensuráveis estatisticamente.

No Direito, fala-se no *dever ser* e naquilo que *é*, ou mais precisamente em um Direito prescritivo e normativo das coisas que deveriam ser segundo critérios aleatórios de justiça -

sendo, esta, identificada ora como equidade, ora como distinção entre bem e mal - e, em uma realidade observável *in loco* que não está sujeita a condições ideais, mas a circunstâncias factuais que fogem ao idealmente estipulado quando este transpõe ao mundo do possivelmente físico. O problema está em estipular, no Direito, o que *deveria ser* segundo critérios, que, embora metafísicos, fossem factíveis. É o que o positivismo intentou; porém, como se percebe, de forma desastrada pois não bastou dar concretude ao princípio através da lei; uma vez que esta, ainda continuou descompromissada com o real em nome de valores inapropriáveis do campo metajurídico. Em outras palavras a lei ainda é criação ideológica do homem que, desconectada com a realidade acelera o processo conflitual ao invés de solucionar as crises sociais.

Enquanto o Direito normativo idealiza, o Direito positivo ou descritivo constata segundo critério metajurídico não apreendido empiricamente mas intuído. Também em Economia, existe compartimentação quanto a maneira de observar o fenômeno econômico e o comportamento dos agentes.

Enquanto a Economia Descritiva conhece, descrevendo a atividade econômica e o comportamento dos diversos agentes, propiciando elementos para a elaboração de teorias econômicas - leis que identificam ou levantam os fatos a partir de mensuração, descrição e determinação de características propiciando classificação, diagnóstico e prognóstico segundo critério racional, a Política Econômica aplica os resultados da Teoria Econômica visando obter o melhor desempenho possível dos agentes em meio à ação econômica. A Economia Descritiva e a Teoria Econômica constituem a chamada Economia Positiva, ou seja, a Economia que apresenta os fenômenos ou os teoriza como eles são realmente, e a Política Econômica trata da Economia Normativa que propõe o modo em que o fenômeno econômico deveria verificar-se, mas não de forma aleatória e sim segundo critério factível, possível de realização. O *dever ser* da Economia traduz uma possibilidade estudada e analisada sob determinadas condições que tornam mensurável os resultados das ações segundo premissa uniforme - qual seja a da maximização desses resultados de forma a obter-se eficiência.

Aplicar a Teoria Econômica ao Direito é possibilitar este critério único e racional para atingir-se um *dever ser* possível segundo as condições dadas, diferentemente do *dever ser* idealizado mas, não raras vezes inalcançável devido ao seu descomprometimento com o mundo real ou seu caráter meramente político-ideológico.

Se a fenomenologia pode ser apreciada por discursos distintos, segundo seus critérios, tais como o Jurídico e o Econômico²⁵ e, através da LaE, intenta-se uma justaposição entre os dois padrões de apreciação dos fenômenos, justifica-se delimitar, inicialmente, a Teoria Econômica como instrumental de análise.

O pioneiro em termos de compilação de premissas econômicas foi William Nassau Senior. O estudioso intentou, através de quatro postulados²⁶, identificar o aparato analítico descrito como Teoria Econômica. Embora pecando pela incompletude, louvou-se, em seu trabalho, pela intenção de depurar as teorias disponíveis até sua época, no tocante à Economia, ainda tencionando um objetivo maior: aprimorar os conceitos e delimitar princípios.

No que diz respeito à Teoria Econômica, hodierna, tem-se como subdivisão deste ramo do conhecimento, a Macroeconomia e a Microeconomia. Enquanto a Macroeconomia cuida dos agregados econômicos de forma a procurar respostas para o desenvolvimento geral de dada economia, intentando incrementar a atividade econômica de forma a obter resultados globais melhores tais como aumento no nível de emprego de um País, melhoria de seus termos de troca no comércio internacional, estabilidade econômica, etc., a Microeconomia é a parte da Teoria Econômica que se preocupa com a atividade individual dos agentes econômicos seja produzindo e consumindo, com a formação dos preços, o aumento de custos em uma empresa, etc.

Está-se a falar em uma classificação semelhante àquela propedeuticamente institucionalizada no campo do Direito. Em termos jurídicos, tem-se a existência de dois ramos

²⁵ Em sua obra Carlos Otero Dias analisa os fenômenos sociais ora como jurídicos, ora como econômicos. Para o autor, o fenômeno jurídico consiste em uma *preordenación de conductas humanas potencialmente interferentes, o más bien en una compatibilización de libertades*. Portanto, sob o enfoque jurídico, o fenômeno jurídico consiste na estipulação e modificação da titularidade de liberdades através de títulos jurídicos. Diz ele: *La experiencia judicial es experiencia de títulos, no de hechos; porque de éstos sabe el juez lo que los títulos le manifiestan, pero, ignora siempre los hechos mismos; sencillamente, porque cualquier título puede ser falso*.

Quanto aos fenômenos econômicos, Otero Dias afirma que traduzem uma conduta humana de produção e de cambio orientada por um sentido de lucro material, pressupondo um móbil de utilidade e atitude satisfativa das necessidades materiais humanas mensuráveis segundo seu valor.

Mais adiante, apresenta a idéia de que, enquanto os fenômenos, sob o ponto de vista jurídico, são agregativos e propiciadores de equidade; do ponto de vista econômico, são próprios de uma perspectiva de disparidade: *Los fenómenos jurídicos implican por su propia naturaleza, limitaciones recíprocas y voluntarias de conducta; sólo pueden darse con pureza en un plano de igualdad y libertad de los sujetos. Los fenómenos económicos, por lo contrario requieren ineludiblemente posiciones de disparidad. Las situaciones de igualdad que son el ideal del Derecho, representan una antinomia respecto al concepto mismo de Economía*. Por fim, conclui, em afirmar que os fenômenos jurídicos e econômicos formam duas estruturas sociais distintas, mas, complementares. Verin OTERO DIAS, *Op. cit.* p. 69-85.

²⁶ Além de trabalhar os conceitos de riqueza e valor, Senior conjecturou a respeito de quatro pressupostos econômicos a saber:

- a) que todos os homens desejam obter a maior quantidade de Riqueza com a menor quantidade de sacrificio;
- b) que a população do mundo, ou em outras palavras o número de pessoas que o habita, está limitado somente por males físicos ou morais, ou pelo temor de um déficit daqueles artigos representativos da riqueza que exigem os costumes dos indivíduos integrantes de cada classe de seus habitantes;
- c) que a potência do trabalho e dos demais instrumentos que produzem riqueza pode aumentar-se indefinidamente utilizando seus produtos como meios para uma ulterior produção;
- d) que sempre que a destreza agrícola permaneça constante, o trabalho adicional empregado na terra dentro de um distrito dado, produz em geral um rendimento menos que proporcional, ou, em outras palavras, ainda que em relação com cada aumento de trabalho empregado o rendimento total aumente, o aumento deste rendimento não é proporcional ao aumento do trabalho.

Ver in SENIOR, William Nassau. *An Outline of the Science of Political Economy*. 6ª ed. Library of Economics. 1872. pp. 26 e ss.

do Direito a saber: o público e o privado. Não obstante o fato de que, atualmente, é difícil visualizar real critério que leve à identificação do que seja possível enquadrar como público ou privado, ainda é adotada, tal divisão, para fins didáticos. Também na Economia ocorre ambigüidade no que diz respeito a análise de uma situação sobre o ponto de vista micro ou macroeconômico. Analisar a influência de uma pequena empresa na economia do país não é relevante e, portanto esta análise insere-se no campo da Microeconomia; entretanto, a mesma análise, já agora, em se tratando de uma empresa monopolística cujos produtos são comercializados no País inteiro é questão que envolve uma análise macroeconômica, a despeito de tratar-se da economia individual da empresa - assunto que, em tese, deveria ser da abrangência da Microeconomia.

A Teoria Econômica clássica e neoclássica esteve voltada à Análise Microeconômica²⁷ estudando o comportamento racional de escolha por parte de produtores e consumidores em uma perspectiva individualista e maximizadora de utilidades - eficiente - predominante, na segunda metade do século XVIII.

Também conhecida como Teoria dos Preços, a Análise Microeconômica envolve o estudo racional das intenções e disposições de consumidores em relação aos produtos ofertados bem como das possibilidades dos produtores em relação aos seus custos na obtenção e organização dos fatores produtivos. Sintetiza, através da análise, o procedimento de mercado em uma relação quantidade e preço para cada produto disponível obtendo, por fim, uma condição de equilíbrio entre consumidor e produtor. Ao preocupar-se com os mercados, a Análise Microeconômica aborda um modelo ideal denominado mercado de livre concorrência, em que a lei de oferta e procura impera sem pressões outras que não as próprias intenções entre produtores e consumidores, em busca do equilíbrio que propicie as trocas. A partir deste modelo ideal assume estudos a respeito das variações dessa situação inerentes à prática comercial manipulada ora por produtores, ora por consumidores ou, ainda, pelo próprio Estado²⁸.

²⁷ A história da Análise Microeconômica e mesmo da Análise Econômica como um todo, pode ser fartamente acompanhada in SCHUMPETER, *Op. cit.*, além de seus primeiros ensaios nos séculos XVIII e XIX, desenvolvendo-se com autores clássicos como: SMITH, Adam. (1723 - 1790); *Op. cit.*, RICARDO, David. (1722 - 1823), *Op. cit.*; MILL, John Stuart. (1806 - 1873), *Princípios de Economia Política: com algumas de suas Aplicações à Filosofia Social*. Introd. W.J Ashley, apres. Raul Eckerman e trad. Luiz João Baraúna, Coleção Os Economistas. São Paulo : Abril Cultural, 1983; Jean Baptiste Say (1767 - 1832), bem como, a partir de 1870, com autores como Léon Walras (1834 - 1910), *Compêndio dos elementos de economia política pura*. Coleção Os Economistas. Apres. Dionísio Dias Carneiro Netto; trad. João Guilherme Vargas Netto. São Paulo : Abril Cultural, 1983; JEVONS, William Stanley. (1835 - 1882), *A teoria da economia política*. Trad. Cláudia Laversveiler. Coleção Os Economistas. São Paulo : Abril Cultural, 1983; PARETO, Vilfredo. (1848 - 1923) *Manual de Economia Política*. *Op. cit.*, MARSHALL, Alfred. *Principles of Economics*. 8ª ed. London: Macmillan & Co., 1956 ou a tradução brasileira *Princípios de Economia Política: Tratado Introdutório*. *Op. cit.*; além de outros..

²⁸ Pode ser aventada, em relação à existência do mercado, o fato de este tratar-se de uma falácia ou discurso institucionalizado a partir da economia capitalista. Não se acredita, para este trabalho, que seja proveitoso discutir tal ponto. Pragmaticamente, tem-se de trabalhar

Os estudos microeconômicos caracterizam-se por delimitar, cientificamente, o comportamento dos indivíduos através de teorizações básicas em cinco níveis a saber: no nível teórico do consumidor, da empresa, da atividade de produção, da repartição da riqueza e do equilíbrio geral de mercado.

Sem pretensões de delimitar um tratado de Economia e, também não caindo nas facilidades óbvias de remeter o leitor a estudos na doutrina Econômica, ou mesmo, trabalhar na suposição de seu prévio conhecimento do assunto; pretende-se, na seqüência deste capítulo, familiarizá-lo com as teorizações fundamentais da Teoria Econômica abrangidas pela Microeconomia; como que instrumentalizando o estudo da interação Direito e Economia através da LaE a ser realizado no Capítulo III.

Em termos Microeconômicos, são identificadas, inicialmente, teorizações a respeito do comportamento dos consumidores. Partindo do pressuposto de mercado, os indivíduos, desta feita, atuam como consumidores racionais que, em conjunto ou isoladamente, apresentam uma tendência, *coeteris paribus*, para a demanda de um certo produto X que lhe satisfaça as necessidades, maximizando seu bem-estar econômico, ainda dentro de limite ao desejo individual caracterizado pela renda disponível.

Os indivíduos, na ausência de impedimentos tais como a falta de informação e as distorções de mercado, determinariam suas escolhas segundo o máximo de satisfação que pudessem obter para si. Por não conhecerem ou possuírem total informação sobre os bens e serviços disponíveis em mercado, não maximizam a satisfação de suas necessidades que são avaliadas em termos de preferências ou escolha entre as diversas opções. Entretanto, fica evidente que uma teoria do valor é ponto chave no que diz respeito à decisão individual.

O homem, através de alguns subsídios analítico-explicativos, consegue fazer comparações entre bens e serviços conforme delimite alguns aspectos como; v.g. , através de determinação de medidas de tempo e de espaço. Problema apresenta-se quando se quer comparar o valor de tais bens e serviços para os diversos indivíduos. Alguns questionamentos intrigam os pensadores. Por que o diamante vale mais que o alimento ? Qual o valor de um trabalho manual em relação a outro, ou mesmo, ao trabalho intelectual? Como valorar os desejos em relação aos bens e serviços? Ou, ainda, como valorar as disposições normativas em relação às intenções individuais?

sobre a realidade existente e; hodiernamente, a economia mundial em sua grande parte esta inserida em um contexto de mercado e, portanto, sob as regras econômicas que levam ao individualismo metodológico, à eficiência e comportamento racional dos indivíduos, ao consumidor como sujeito social e à busca do equilíbrio dinâmico das relações sociais e econômicas dos indivíduos.

Em resposta a estas e a tantas questões do gênero, as teorias clássicas desenvolveram as chamadas teorias objetiva e subjetiva do valor em que considerou-se, este, ora como quantidade de trabalho agregada na produção do bem, ora como intenção psicológica de satisfação de necessidades; posições estas situadas entre todo um evoluir intelectual a respeito. De fato, a partir de Adam Smith (1723-1790) e sua teoria do valor-trabalho surge David Ricardo (1772-1883) que, com seu pensamento, aprofundou as idéias da teoria do valor-trabalho de Smith e embasou duas posteriores correntes econômicas: uma ortodoxa encabeçada por John Stuart Mill (1806-1876) e pelos neoclássicos Léon Walras (1834-1910), William Stanley Jevons (1835-1882), e Alfred Marshall (1842-1924); a qual resultou na obra de John Maynard Keynes ((1883-1946) de quem surgiram, por sua vez, os neo e pós-keynesianos hodiernos e outra heterodoxa representada por - Karl Marx (1818-1883) e os socialistas científicos.

Parece que, em meio a experiências diversas, predominou o discurso ortodoxo da Teoria do valor. Entretanto entre o discurso do *laissez faire*, *laissez passer* e o socialismo Russo restou um intervencionismo de Estado verificado, mormente, a partir dos anos trinta. Perpassando pelas diversas teorias do valor, chegou-se à consagração e desenvolvimento da teoria subjetiva do valor, pela qual se pressupõe a escolha segundo a utilidade dos bens e serviços, ou mais especificamente, segundo o critério psicológico de satisfação das necessidades individuais. Esta teoria é a mais difundida e predominante no discurso ocidental de economia de mercado.

O enfoque psicológico da demanda embasado no hedonismo e na utilidade subjetiva evoluiu de sua versão original em Gossen (1854) através de pensadores como Jevons (1871), Walras(1874), Edgeworth (1881), Antonelli (1886) e Irving Fisher (1892) até à versão de Vilfredo Pareto (1906). Grande evolução, no raciocínio matemático que intentou explicitar o comportamento subjetivo dos indivíduos, ocorreu com a passagem de uma avaliação cardinal do desejo - dificultada pela inexistência de uma medida capaz de medir *utilidades* - para a comparação ordinal dos diversos graus de satisfação produzidos, inclusive, por mais de um produto em comparação de um com outro, através de recursos matemáticos como as curvas de indiferença.

Possível tornou-se, então, através do estudo do comportamento psicológico do consumidor, delimitar sua demanda para determinado produto, inclusive levando-se em conta opções alternativas de consumo; de forma a construir-se sua intenção de demanda individual e,

em um segundo momento, de mercado.

Outro segmento do estudo Microeconômico esta voltado à Teoria da Produção e do Custo. Verificados os totais de insumos harmonizados dentro da empresa e utilizados no processo produtivo, estudam-se-os de forma a obter a melhor combinação possível em relação a sua capacidade de gerar produção maximizando resultados. Uma vez elaborada a lei de rendimentos decrescentes, cabe descobrir a melhor possibilidade de alocação dos recursos de maneira a evitar as chamadas deseconomias de escala.

A partir da Teoria da Produção em um mercado ideal de concorrência perfeita onde devem ser observadas as economias de escala, a Microeconomia apresenta, na Teoria da Firma e de Organização do Mercado a análise de situações variadas que vão desde a própria concorrência perfeita, até as formas imperfeitas de mercado como situações de monopólio, oligopólio, monopsônio e oligopsônio²⁹.

De posse de uma Teoria do Consumidor, de uma Teoria da Produção e da Teoria da Firma, desenvolve-se, ainda, a Teoria da Distribuição dos recursos que se dá em função de critérios de produtividade na utilização dos fatores produtivos: natureza, capital, trabalho e iniciativa empresarial.

Por fim, cabe à Microeconomia analisar a questão do equilíbrio geral e bem-estar econômico a partir da interação dos modelos teóricos que refletem comportamentos de consumidores e produtores ou, em outras palavras, cabe-lhe o estudo da oferta e da demanda em busca de um equilíbrio de mercado estável.

Em função do exposto, frisa-se que um dos objetivos finais da Análise Microeconômica, assim como da Teoria Econômica é delimitar leis e princípios que levem ao equilíbrio econômico entre produtores e consumidores de forma a propiciar a troca e melhor utilização de recursos no intuito de satisfazer prementes necessidades de forma eficiente. Surge, então, necessidade de uma abordagem sobre a questão tão discutida e controversa para os fins deste trabalho que é a da eficiência.

²⁹ Ver tópico 1.6 deste Capítulo.

1.4 A EFICIÊNCIA ECONÔMICA

Uma vez que, dentro do enfoque posneriano da LaE, verificar-se-á a justiça como critério economicista de maximização de riqueza, necessário é determiná-la como corolário de eficiência econômica. Embora Posner negue caráter meramente utilitarista à sua teoria, ao propor a maximização da riqueza em detrimento da maximização de utilidades, dentro de uma perspectiva economicista urge que se trabalhe a questão da eficiência como apanágio de uma ação maximizadora de utilidades e de resultados.

Existindo múltiplas e variadas necessidades a serem satisfeitas e de posse de escassos recursos, decisões quanto ao emprego destes devem, constantemente, ser tomadas. A questão que se apresenta é inerente à melhor maneira de emprego destes recursos na solução e satisfação dos desejos e ansiedades dos indivíduos, ou, economicamente significando, na satisfação das necessidades dos consumidores por parte dos produtores que se encontram no mercado. O problema econômico é, então, reduzido à única e não menos importante questão da alocação dos recursos escassos; seu emprego deve ser racional³⁰, sendo obtida a plena utilização e a melhor combinação destes em uma escolha de opção, isto é, em outras palavras, trata-se da tomada de decisão que envolve a utilização de meios disponíveis para solucionar os problemas de escassez, segundo prioridade estabelecida de necessidades, de forma a retirar a máxima utilidade e satisfação da atividade econômica. É uma escolha difícil e, não raras vezes, o *homo oeconomicus*³¹ opta entre sacrificar o presente em detrimento do futuro, entre uma política armamentista ou outra agrícola, entre reconhecer um direito adquirido ou protegido em lei ou inverter a disponibilidade desse direito em função de satisfazer necessidade maior e, assim por diante. Tais decisões são quotidianas e envolvem a definição de um critério de opção que indique a melhor dentre as possíveis alternativas.

O critério definidor de leis, de políticas, de decisões e, em última análise, de escolhas de caráter econômico que levem à eficiência; tida esta como a melhor maneira de emprego dos meios disponíveis - fatores de produção e escassos recursos - de forma a alcançar o melhor

³⁰ A racionalidade leva à conjectura de que, em meio a necessidades variadas e condicionadas a serem satisfeitas por escassos recursos, torna-se imoral e injusto o desperdício; logo passa a ser justo o comportamento econômico racionalista de otimização dos recursos escassos.

³¹ Interessante notar que autores como Vilfredo Pareto, referindo ao *homo oeconomicus*, não o fazem de forma estrita como que se este apenas e tão-somente representasse a parte do homem voltada à atividade econômica. Diz Pareto: *Erra-se, pois, redondamente quando se acusa quem estuda as ações econômicas - ou o homo oeconomicus - de negligenciar ou mesmo de desdenhar as ações morais, religiosas, etc. - isto é, o homo ethicus, o homo religiosus, etc. (...) Comete-se o mesmo erro quando se acusa a Economia Política de não levar em conta a moral, como se acusássemos uma teoria sobre o jogo de xadrez de não levar em conta a arte culinária. Ver in PARETO, Vilfredo. Manual de Economia Política. Op. cit. p. 19.*

resultado possível para a satisfação das necessidades; tem recebido progressivas abordagens.

A idéia de eficiência traduz ação ou produção de um efeito com eficácia ou bom resultado. Em termos econômicos eficiente é a atividade econômica que obtém os melhores resultados possíveis na satisfação de necessidades individuais e coletivas segundo premissa de racionalidade³². A questão básica quanto ao problema está na determinação de critério adequado à busca de eficiência de forma a ser possível obter a máxima satisfação pessoal sem prejudicar os demais e, ainda, atender um critério de justiça - equitativo³³. O Professor Washington Albino Peluso de Souza apresenta muito bem o problema de almejar um ótimo econômico em função de um limitador em termos jurídico-econômicos; ao afirmar caber à *sociedade industrial* o débito da transformação, enquanto, ao *Direito Econômico*, o crédito da *tarefa jurídica de institucionalizá-la*; ainda declarando que o *ótimo econômico* deve ser alcançado dentro dos *limites do justo na dinâmica da sociedade industrial*³⁴.

Ao ser analisado pela LaE, o conceito de eficiência revela diversas matizes que urgem serem verificadas. De maneira geral, neste conceito, tem-se o *calcanhar de Aquiles da LaE*; na medida em que lhe é fonte de crítica a atitude *eficientista* em detrimento de um critério de justiça equitativo. Autores como Posner defendem a eficiência econômica em termos de maximização de riqueza, enquanto outros, como Calabresi, além deste critério, optam por uma atitude distributiva que cabe ao Direito; mais radicalmente, tem-se a doutrina de autores como Dworkin, Rawls e Nozick que, decisivamente, não concordam com o caráter economicista do Direito; além de Habermas que, segundo Pedro Mercado Pacheco orienta a *Critical Legal Studies*³⁵. Entretanto, autores outros, como Nicholas Mercuro, defendem não ser promissora a discussão a respeito de ser ou não o *Direito interessado principalmente pela eficiência econômica ou pela justiça*³⁶.

A Escola de Chicago-Virginia partindo do pressuposto de mercado, acredita poderem ser resolvidos os temas e problemas político-jurídico-econômicos através do parâmetro de

³² Rawls observa quanto ao conceito de racionalidade:

(...) o conceito de racionalidade deve ser interpretado, tanto quanto possível, em sentido estrito, de acordo com a interpretação que é corrente na teoria econômica, e que consiste em escolher a via mais efetiva para atingir fins determinados. Ver in RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Op. cit. p. 35.

³³ A propósito da dicotomia equidade-eficiência Edwin Cannan expressa o seguinte pensamento:

A opinião do gênero humano sobre o que é equitativo está sujeita a mudanças, e (...) uma das forças que a fazem mudar é a descoberta ocasional, pela humanidade, de que o que se considerava inteiramente justo e equitativo no tocante a determinada questão se tornou, ou talvez tenha sido, antieconômico. (em inglês no original). in CANNAN, Edwin. *The History of Local Rates in England*. 2ª ed. Londres. 1912. p. 173.

³⁴ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. Op. cit. p.56.

³⁵ O assunto será, especificamente, abordado no Capítulo 3 deste trabalho.

³⁶ MERCURO, Nicholas. *Law and Economics*. Boston : Kluwer Academic Publishers. 1989. p.22.

eficiência; que passa a ser critério dominante para reestruturar a sociedade e suas instituições políticas e jurídicas, principalmente, segundo critérios paretianos e suas variações da chamada *economia do bem-estar*. Entretanto, é criticada, fundamentalmente, em função da estrita análise sob ângulo da eficiência econômica; assim como, pelo fato de aderir ao discurso referido como inerente ao imperialismo econômico no Direito.

Por outro lado, intelectuais divergem da posição conservadora dos seguidores de Posner, justificando neste uma estreiteza de pensamento, no que diz respeito à exclusão de critérios outros, como culturais e sociais, na consecução de uma Teoria Geral do Direito.

Assim expressam, respectivamente Michael J. Trebilcock e Frank I. Michelman:

(...) *La eficiencia asignativa, como piedra de toque política unimodal, resulta claramente demasiado estrecha para comprender las fuerzas centrales que actúan en el terreno político canadiense.*³⁷

(...) *Si todo lo que piensa investigar en otras culturas es la correlación entre las variaciones en las 'condiciones de coste' y la 'estructura de las instituciones políticas', está cerrando la posibilidad de identificar una cultura en la cual una de las 'condiciones' predominantes es que los móviles y dictados fundamentales no adoptan la forma 'mercantil de 'costes' marginalmente intercambiables en absoluto. Y, de este modo, usted puede fracasar a la hora de considerar que uno de los rasgos diferenciales y contingentes de nuestro propio proceso de pensamiento es su impulso inexorable a reducir cualquier móvil a un costo.*³⁸

O que se está a tratar é da dicotomia³⁹ entre os critérios decisórios político-jurídicos embasados em noções metafísicas de justiça e equidade ou de interesse público e as idéias racionais dos juristas-economistas, que defendem soluções econômicas eficientes para problemas jurídicos; de forma a minar as idéias intervencionistas da *economia do bem-estar pigouviana* aplicadas à economia norte-americana dos anos sessenta, em defesa, agora, de uma economia de livre mercado ainda sujeita à intervenção estatal, mas segundo premissas de internalização de custos apregoada por Coase.

A LaE põe, desta forma, em dúvida, a noção liberal de que o Direito distingue-se da Economia ao afirmar que aquele é eficiente. Rawls assim descreve a aplicação do critério de eficiência ao Direito, conforme segue:

(...) o princípio da eficiência pode ser aplicado à estrutura básica por referência às expectativas dos sujeitos representativos. Poderemos dizer que uma distribuição de direitos e deveres na estrutura básica é eficiente se, e só se, for impossível modificar as regras, redefinindo o sistema de direitos e deveres por forma a elevar as expectativas de, pelo menos, um sujeito representativo sem ao mesmo tempo reduzir as expectativas de, pelo menos, um dos outros sujeitos representativos.⁴⁰

³⁷ *Apud Op. cit.* p. 48.

³⁸ *Apud Op. cit.* p. 48.

³⁹ A propósito dos conceitos de eficiência e equidade, cite-se Mitchell Polinsky:

(...) *el término eficiencia alude a la relación entre los beneficios totales de una situación y los costes totales de la misma; el término equidad alude a la distribución de la renta entre los individuos. En otras palabras, la eficiencia se relaciona con 'el tamaño del pastel', mientras que la equidad dependerá de cómo se reparta. Los economistas se centran tradicionalmente en la tarea de ampliar al máximo el tamaño del pastel, dejando a otros (como, por ejemplo, los legisladores) la tarea de determinar cómo ha de dividirse. El atractivo de la eficiencia como objetivo es que, dadas ciertas condiciones que se describirán, todos pueden beneficiarse si la sociedad se organiza de un modo eficiente. Ver in POLINSKY, Op. cit. p. 19.*

⁴⁰ RAWLS. *Op. cit.* p. 74.

O estudo do conceito de eficiência torna-se imprescindível para a LaE uma vez que, dentro do Direito, compara-se-o ao de equidade. Nem sempre aquilo que, aparentemente é eficiente, traduz algo equitativo. Enquanto não há custos transacionais na distribuição dos direitos, a solução eficiente é equitativa, porém, do contrário, tem-se o conflito⁴¹.

Hans-Bernd Schäfer e Claus Ott ao abordarem a questão da eficiência e da equidade, lembram que uma sociedade com instituições e um sistema jurídico eficientes não tem que ser justa, porém, uma sociedade ineficiente geralmente resulta injusta. Assim, os autores concordam com Calabresi em que, sendo a eficiência compatível com a injustiça, deve objetivar-se pela prática eficiente em termos Paretianos e levar em conta a justiça distributiva⁴².

Em relação aos possíveis critérios de análise da eficiência em termos econômicos, Jules L. Coleman⁴³ identifica quatro noções de eficiência a saber: 1. a eficiência produtiva; 2. a optimalidade de Pareto; 3. a superioridade de Pareto e 4. a eficiência de Kaldor - Hicks; além do próprio critério de Posner relativo à maximização da riqueza.

No que diz respeito à eficiência produtiva, trata-se da obtenção da melhor alocação possível dos fatores produtivos, de tal forma que nenhum outro arranjo possa resultar em melhoria ou aumento de produto final.

Os autores que escrevem sobre a LaE, como visto, expressam suas idéias sobre a eficiência de diversas formas, sendo de destacar, em termos econômicos as teorias de Pareto e de Kaldor e Hicks.

Ainda é útil lembrar, conforme De Alessi, quanto à formulação de um conceito de eficiência, o que segue: *la eficiencia se define como la maximización restringida. Las condiciones de eficiencia se ven como las propiedades de una solución determinada (equilibrio), implicada por una construcción teórica dada. De acuerdo con este punto de vista, las soluciones de un sistema son siempre eficientes si satisfacen las restricciones que lo caracterizan.*⁴⁴

⁴¹ O assunto inerente aos custos de transação será melhor apreciado quando da abordagem sobre Ronald Coase no Capítulo 3.

⁴² SCHÄFER CLAUS OTT, *Op. cit.* p. 25, 26 e 45.

⁴³ *Apud* ROEMER. *Op. cit.* p.26

⁴⁴ *Apud Op. cit.* p.33.

1.4.1 A OPTIMALIDADE DE PARETO

Inicialmente, é interessante justificar o estudo deste autor, nesta abordagem economicista do Direito. Pelo fato da LaE utilizar-se de premissas econômicas na análise do Direito, devem as mesmas serem reveladas. A moderna Economia inerente ao Capitalismo Ocidental está embasada sobre as conquistas neoclássicas que estabelecem como primordial objetivo, a meta da eficiência econômica. Tal eficiência é alcançada, sob dita perspectiva neoclássica quando, em um mercado de concorrência perfeita, um elevado número de compradores e vendedores, que não têm poder de influir, individualmente, nos preços, na homogeneidade dos produtos ou, que, embora tenham liberdade absoluta, conseguem uma situação de equilíbrio denominada *Ótimo de Pareto*, em que nenhum desses indivíduos pode melhorar sua situação sem piorar a de outro.

Desta forma, em uma economia de mercado sob concorrência perfeita, segundo a LaE, restaria ao Direito garantir a seguridade e a liberdade desse mercado não mais intervindo para regular ou atuar economicamente. Nestas condições, pois, o Direito torna-se estrutura institucional redundante, uma vez alcançada a eficiência social em função da máxima eficácia individual.

Em busca de um conceito econômico de eficiência e como corolário dos estudos de autores econômicos como os já citados, neste trabalho, estudem-se as idéias de Pareto.

Vilfredo Pareto⁴⁵ (1848 - 1923) em sua obra intitulada *Manual de Economia Política* determinou uma abordagem econômico-social abrangente, visando, conforme suas palavras, (...) *pesquisar as uniformidades que os fenômenos apresentam, isto é, suas leis, sem visar nenhuma utilidade prática direta*, objetivando de forma exclusivamente científica apenas *conhecer e saber*⁴⁶.

Neste objetivo, Pareto começa por indagar da felicidade do homem e cita John Stuart Mill e seu conceito de felicidade do gênero humano ao identificar que a felicidade de um pode ser a infelicidade de outro⁴⁷. Basicamente, o que questiona é a validade de princípios morais em função da satisfação dos anseios reais, sem, no entanto, apregoar a total inexistência de um

⁴⁵ PARETO, Vilfredo. *Manual de Economia Política*. Op. cit.

⁴⁶ Op. cit. p.12.

⁴⁷ Pareto lembra a dicotomia de interesses entre o lobo e o cordeiro. Op. cit. p.42.

John S. Mill é lembrado como um utilitarista para o qual: *As ações são corretas na medida em que tendem a promover a felicidade, erradas na medida em que tendem a promover o reverso da felicidade e felicidade é prazer e ausência de dor* in MILL, John Stuart. *Princípios de Economia Política*, Op. cit. p. XI.

mínimo de sociabilidade necessária - ⁴⁸ *benevolência e simpatia* - que mantém a sociedade. Após a abordagem da questão moral, Pareto propõe o estudo das *ações lógicas, repetidas em grande número, que os homens executam para buscar as coisas que satisfazem seus gostos*⁴⁹ que, para ele, são o objeto da Economia Política. Ao estudar a questão do equilíbrio econômico em Economia Política, Pareto preocupa-se com o estudo dos gostos e dos obstáculos a estes e a maneira como se alcança o equilíbrio entre estas duas tendências. Como equilíbrio tem-se a constância indefinida, na ausência de modificações, nas condições de observação dos gostos em relação aos obstáculos. Pareto chama a atenção para a necessidade de valorar os gostos do homem a partir do prazer que proporciona um dado bem⁵⁰, para tanto, designa a palavra utilidade como ofelividade, que define como segue: *Para um indivíduo, a ofelividade de certa quantidade de uma coisa, juntada a outra quantidade determinada (que pode ser igual a zero) dessa coisa já possuída por ele, é o prazer que lhe proporciona essa quantidade*⁵¹.

A partir de aplicações matemáticas se pode relacionar quantidades de bens com gostos ou desejos dos indivíduos, levando a construção da Teoria das Curvas de Indiferença dos gostos individuais e coletivos.⁵²

Desenvolvendo seu raciocínio, Pareto apresenta dois conceitos interessantes de eficiência, conhecidos como a superioridade de Pareto⁵³ e a optimalidade de Pareto. Segundo o autor, um estado de coisas P é *superior* a Q se, e somente se, ao mover-se de Q para P ninguém fica em pior condição que antes e pelo menos uma pessoa melhora sua posição. Quanto à *optimalidade*, tem-se que um estado de coisas é ótimo, se nenhum outro estado é superior a ele, em termos de Pareto, ou seja, é a situação em que qualquer modificação com respeito a esse estado de coisas faz com que pelo menos um indivíduo piore sua posição.

Em outras palavras, uma situação é eficiente ou ótima em termos paretianos, quando não é possível encontrar outra situação em que alguém possa ver melhorada sua posição sem que, para isso, ao menos uma outra pessoa veja-se prejudicada.

⁴⁸ PARETO, Vilfredo. *Manual de Economia Política*. Op. cit. p. 57.

⁴⁹ Op. cit. p.79.

⁵⁰ Lembre-se das ricas contribuições de Jevons e Walras no que diz respeito às teorias subjetivas do valor. Ver in WALRAS, Léon. *Compêndio dos elementos de Economia Política Pura*. Op. cit. e JEVONS, William Stanley. *A teoria da Economia Política*. Op. cit.

⁵¹ PARETO, Vilfredo. *Manual de Economia Política*. Op. cit. p. 85.

⁵² Remete-se o leitor, para maiores detalhes, ao item 1.5.1.2 deste Capítulo e ao trabalho de Pareto in PARETO, Vilfredo. *Manual de Economia Política*. Op. cit. p. 90.

⁵³ Op. cit. pp. 79-134.

Considerando que os critérios de Pareto quanto à eficiência são estremados, Kaldor e Hicks elaboraram o critério de eficiência baseados na idéia de compensação dos perdedores⁵⁴.

1.4.2 O CRITÉRIO DE KALDOR-HICKS

Em função de verificar-se uma perda social quando da tomada de decisões, Hicks, em 1939, elaborou regra conhecida pelo seu próprio nome, que foi considerada como superior à de Pareto. Trabalhando com a mesma idéia de Kaldor, conceberam, juntos, um novo critério de determinação da eficiência de dada situação.

Considerando que no mundo real sempre existem ganhadores e perdedores, Kaldor e Hicks⁵⁵ desenvolveram raciocínio que levasse a uma compensação potencial. Desta forma, um estado de coisas X é eficiente, em termos de Kaldor-Hicks, em relação a outro estado Y, se, depois de modificar-se do estado X para o estado Y, verificar-se a possibilidade de compensação dos perdedores por parte dos ganhadores com esta mudança.

Assim, a Eficiência Potencial de Kaldor-Hicks caracteriza-se por toda a situação em que aquilo que pode melhorar a posição de alguém é mais valioso do que os prejuízos causados a outrem que se vê diminuído em seu bem-estar ou, ainda, eficiência potencial é verificada quando os benefícios totais - sociais - líquidos são máximos tornando possível *comprar* a aquiescência dos perdedores com o que obtém os ganhadores.

A regra exige, pois, que o prejudicado seja ressarcido quando ocorra o efetivo prejuízo; já que, não ocorrendo tal indenização, tem-se o critério paretiano.

O critério Kaldor-Hicks assume grande importância no estudo da LaE, uma vez que Posner⁵⁶, em 1977, apresentou o problema da regra de adjudicação na tomada de decisões conforme o critério citado. Assim, segundo o Mestre, um direito deve ser atribuído a quem esteja, potencialmente, em melhores condições de pagar - *willingness to pay* - por ele, o preço mais alto que compense a possível perda ou prejuízo causado.

A regra de maximização da riqueza - *wealth maximization principle* - pode ser ditada pelo critério Kaldor-Hicks de forma que seja maximizada a soma das variações patrimoniais que se

⁵⁴ KALDOR-HICKS, *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, *Economic Journal*, v. 49, n° 549, 1939.

⁵⁵ Verificar em A. SEN. *Collective Choice and Social Welfare*. 1970. p.30 e ss.

⁵⁶ POSNER, R. A. *Economic Analysis of Law*, Op. cit. p.11. Ver também. COLEMAN, J.L. *The Economic Analysis of the Law in Ethics, Economics and the Law*, R. L. Pennock e J.W. Chapman. 1982. p.83 e ss.

produzam para os afetados de uma determinada decisão político-jurídica.

O critério também é aplicado em relação a uma análise custo - utilidade de determinada política jurídica, na medida em que a utilidade total valorada em dinheiro seja superior aos custos totais, também valorados em dinheiro, de sua implementação. Tais decisões político-jurídicas são superiores em termos paretianos, quando os custos e utilidades se originam na mesma pessoa, e cumprem o teste Kaldor - Hicks, quando os custos originam-se em um grupo e as vantagens em outro.

Do exposto, resulta evidente a importância do critério Kaldor - Hicks, no que diz respeito à decisão jurídica, quando do processo normativo ou quando da apreciação judicial conforme preconiza Posner e a LaE.

1.5 AS LEIS BÁSICAS DE UMA ECONOMIA DE MERCADO

Instrumentalizando a abordagem deste trabalho, são apresentados alguns conceitos básicos da Teoria Econômica que podem ser úteis na aplicação e entendimento da LaE. Para melhor apreciação, estão justificados com detalhes gráficos; entretanto, recomenda-se uma abordagem mais profunda em clássicas obras de Economia.⁵⁷

O objetivo primordial, neste item da pesquisa, é oferecer básico entendimento sobre os conceitos elementares da Teoria Econômica em seu ramo da Microeconomia de forma que o jurista, não afeito com as técnicas econômicas, possa acompanhar o raciocínio dos *juristas - economistas* que, a exemplo de Posner, introduzem, no discurso jurídico, análise de cunho técnico - racional.

Basicamente, a Análise Microeconômica parte de um pressuposto de mercado onde, supostamente, compradores e vendedores encontram-se e interagem entre si ocasionando trocas. Embora os estudos microeconômicos partam de uma situação ideal de concorrência perfeita, o modelo teórico é aprimorado com a análise das anomalias de mercado. Balizando

⁵⁷ Ver, dentre outras obras especializadas: SALVATORI, Dominick. *Microeconomia*. Op. cit., WONNACOTT, Paul e WONNACOTT, Ronald. *Economia*. Trad. e rev. téc. de Celso Seiji Gondo, Antonio Martins Cortada, Jayme Fonseca Francisco Junior. 2ª ed. São Paulo : Makron Books, 1994; FERGUSON, C.E. *Microeconomia*. Op. cit.; SAMUELSON, Paul A. *Introdução à análise econômica*. Op. cit.; ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à Economia*. Op. cit.; STONIER, A. W. e HAGUE D. C. *Teoria Econômica*. trad. de Cassio Fonseca. 7ª ed. rev. Rio de Janeiro : Zahar, 1975.; WALRAS, Léon. *Compêndio dos elementos de economia política pura*. Op. cit. FROHLICH, Norman e OPPENHEIMER, Joe. *Economia Política Moderna*. Trad. Ana Maria Schiavenatto e Luis de Toledo Filho. Coleção Pensamento Político. 57. Brasília DF: Editora da Universidade de Brasília, 1982., JEVONS, William Stanley. *A teoria da Economia Política*. Op. cit.; MONTORO FILHO, André Franco. et al. *Manual de Economia*. São Paulo : Saraiva, 1988.; PINDYCK, Robert S. e RUBINFELD, Daniel. *Microeconomia*. Trad. de Pedro Catunda; rev. téc. de Roberto Luis Troster. São Paulo : Makron Books, 1994 e LEFTWICH, Richard H. *O Sistema de Preços e a Alocação de Recursos*. trad. Evonir Batista de Oliveira. São Paulo : Pioneira. 1974.

toda a atividade mercadológica está o preço como sendo o ponto de equilíbrio entre as intenções de ofertantes e demandantes. Surge, então, ponto importante da teoria; qual seja, a formação do preço de mercado em função da estipulação dos princípios da demanda e da oferta.

Quanto à análise da atuação de produtores e consumidores em mercados, destacam-se alguns pontos importantes. Em relação aos consumidores, atuam estes de forma a, racionalmente, maximizar suas preferências e gostos comparando diversos produtos entre si e suas utilidades - que, embora não podendo ser cardinalmente mensuradas, podem ser comparadas em termos ordinais - ainda sofrendo restrições ou obstáculos a essas intenções de consumo. As restrições orçamentárias são, definitivamente, verdadeiros obstáculos delimitadores do consumo. A partir do somatório de demandas individuais, obtém-se a demanda de mercado.

De outro lado, a Microeconomia preocupa-se com o comportamento do produtor ou ofertante que, ao harmonizar os diversos fatores de produção - natureza, capital, trabalho e iniciativa empresarial - ; objetiva a diminuição de custos e um nível de produção a ser colocada em mercado e que leve à maximização do lucro final - diferença entre receita bruta e custos totais - obtendo, assim, o que se chama de economia de escala.

Da interação entre as intenções de demandantes e ofertantes, surge a análise do ponto de equilíbrio de mercado.

Conforme alertado anteriormente, uma vez analisado o modelo perfeito de mercado, cabe, ainda, à Teoria Microeconômica o estudo das situações de imperfeição de mercado onde os preços de equilíbrio se formam sob condições adversas tais como nas situações de monopólio, monopsonio, oligopólio e oligopsonio ou quando praticada a discriminação de mercados.

Atualmente, de grande valia, no atuar racional dos agentes econômicos, é a chamada Teoria dos Jogos em que se discute como levar em consideração fatores externos à decisão pessoal de forma a maximizar expectativas. Assim, por exemplo, no ramo da Análise Econômica do Direito denominado *Public Choice*, de relevante importância assume a Teoria dos Jogos quanto à decisão sobre as melhores políticas ou medidas jurídicas a serem tomadas em relação ao eleitorado para que sejam maximizadas suas satisfações.

Outro ponto de destaque a ser analisado na Teoria Microeconômica é o inerente ao estudo das externalidades como sendo efeitos das atividades de consumo e de produção que não se refletem diretamente no mercado, mas que, se não consideradas, podem levar à

ineficiência da prática económico-comercial.

Desde os primeiros estudos económicos, questão primordial está em valorarem-se os diversos bens e serviços com intuito de possibilitar as trocas, as relações e, em última análise o fenómeno económico-social. Algumas manifestações e escolas podem ser identificadas na história económica, sendo de destacar o carácter científico dado ao tema a partir do século XVIII com François Quesnay⁵⁸ (1694-1774) da Escola Fisiocrática e Adam Smith⁵⁹ (1723-1790) de Glasgow ou da mais conhecida como Escola Clássica. Foram seguidores de Smith os seguintes pensadores: Thomas Robert Malthus (1766-1834), David Ricardo⁶⁰ (1722-1823), John Stuart Mill (1806-1873) e Jean Baptiste Say (1768-1832).

Em 1867 surgiu, como caminho heterodoxo no estudo da Economia, o trabalho do alemão Karl Marx (1818-1883) que, dentre outras coisas, preocupou-se com o resultado desastroso, em termos sociais, da política industrial de seu tempo, desenvolvendo sua teoria do valor-trabalho e destacando, principalmente, o conceito de mais-valia correspondente ao excedente, em termos de trabalho, apropriado dos trabalhadores pelos capitalistas.

Nota-se que os clássicos preocuparam-se, em seus estudos, com os aspectos da produção de bens e serviços como fonte de valor. A partir de 1870 a 1929 surgiu e desenvolveu-se a análise económica moderna já, então, preocupada com a alocação dos escassos recursos em seus usos alternativos, maximizando utilidades e satisfazendo consumidores. O movimento científico caracterizou a retomada e o aprofundamento das teorias clássicas pelos chamados *neoclássicos* ou *marginalistas* que intentaram integrar a teoria da utilidade do valor com a teoria do custo de produção dos clássicos.

O *homo oeconomicus* surgiu, pois, racional e calculista procurando obter de suas ações o equilíbrio entre seus ganhos e dispêndios marginais. Destacaram-se, então, no movimento neoclássico, quatro escolas fundamentais a saber: a Escola de Viena ou Escola Psicológica Austríaca, a Escola de Lausanne ou Escola Matemática, a Escola de Cambridge e a Escola Sueca.

⁵⁸ QUESNAY, François. *Quadro Económico*. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian. 1969.

⁵⁹ Adam Smith desenvolveu seu trabalho como contestação ao modelo económico então vigente já há três séculos - 1450-1750 denominado Mercantilismo que era caracterizado por atitude extremamente protecionista. Apologizou a liberalidade na conduta das nações no que diz respeito ao comércio destacando a concorrência para maximizar o desenvolvimento económico a ser partilhado por toda a sociedade.

Ver SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. Op. cit.

⁶⁰ Ricardo destaca-se, principalmente, por sua teoria do valor-trabalho abordada em seus *Principles of Political economy and taxation* de 1817. Dizia ele:

Então, a razão pela qual o produto bruto se eleva em valor comparativo é porque mais trabalho é empregado na produção da última porção obtida, e não porque se paga renda ao proprietário da terra. O valor dos cereais é regulado pela quantidade de trabalho empregada em sua produção naquela qualidade de terra, ou com aquela porção de capital, que não paga aluguel. Ver in RICARDO, David. *Principles of Political economy and taxation*. org. Piero Sraffa. Cambridge University Press. 1953. p. 74.

Perpassando, superficialmente, as referidas escolas e seus mestres, destaque-se, inicialmente, a Escola de Viena com a sua teoria da utilidade marginal. Seus principais mentores foram Karl Menger (1840-1921) em 1871, Stanley Jevons (1835-1882) em 1871 e Léon Walras (1834-1910) em 1874 que formularam a teoria do valor de troca embasada no princípio da utilidade decrescente. Agora, ponto de partida da análise econômica era a satisfação, através de escassos meios, das necessidades dos consumidores que possuíam preferências de consumo.

A Escola de Lausanne aprimorou a teoria de equilíbrio, destacando-se Léon Walras (1834-1910) e Vilfredo Pareto (1848-1923), que enfatizaram a necessidade de análise da formação dos preços a partir de um sistema matemático evidenciador da interdependência de todos os preços praticados pelos agentes econômicos.

De outra forma, a Escola de Cambridge representada por Alfred Marshall (1842-1924) procurou demonstrar a formação dos preços de um bem ou serviço ou de fatores de produção considerados de maneira individual.

Por fim restou citar Knut Wicksell (1851-1926) que destacou, na Escola Sueca, principalmente, a análise do valor e o fenômeno econômico da circulação da riqueza através da análise monetária e real.

Em reação ao *neoclassicismo* surgiram, como destacadas oposições, o *institucionalismo* de Veblen (1857-1929) e a *Economia do bem-estar Pigouviana*. Thorstein Veblen foi seguido, dentre outros, por John R. Commons e John Kenneth Galbraith, e rejeitou o pressuposto racional calculista do *homo oeconomicus* clássico pelo qual a atividade econômica desenvolver-se-ia em meio a um raciocínio hedonista de desprezo ao sofrimento e busca do prazer, denunciando a pesada influência da tecnologia e das instituições a influenciarem as escolhas individuais.

Diferentemente, desenvolveu-se a *Teoria do bem-estar social* de Arthur C. Pigou (1877-1959) que, contrariamente aos clássicos, defendeu, em 1920, a atuação do Estado no mercado com seu trabalho denominado *Riqueza e bem-estar*. De importância fundamental para a LaE é o pensamento econômico de Pigou, uma vez que esta doutrina jurídico-econômica surge, no campo do Direito, também como reação a um estado de coisas inerentes ao excessivo intervencionismo estatal⁶¹.

Ponto crucial, no ataque aos postulados clássicos verificou-se entre os anos vinte e trinta,

⁶¹ Verificar-se-á que Ronald Coase elaborou sua teoria criticando o trabalho de Pigou. Ver item 2.5.2 deste trabalho.

em função, especialmente, do período de crise entre a 1ª Grande Guerra e o *crash* da Bolsa de Valores de Nova Iorque em 1929. A este tempo, não mais se aceitava a economia operando em pleno emprego e surgiram, em decorrência, as idéias Keynesianas de intervencionismo estatal.

John Maynard Keynes (1883-1946) partindo da idéia de que existe desemprego na economia, implementou programa de ação governamental para a promoção do pleno emprego através de sua Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda⁶² em 1936.

A exposição que segue trata de apresentar sucinta contribuição teórica no sentido de elucidar as principais leis e conceitos econômicos que se façam, possivelmente, necessários para o entendimento do raciocínio econômico, objetivando, por fim, ambientar o leitor para que, em um segundo momento, este possa trabalhar a idéia da LaE sem o preconceito do desconhecimento ou do não entendimento dessa racionalidade que leva o jurista-economista a atuar.

É de destacar que já foi dada especial ênfase, no item anterior deste trabalho, à questão da eficiência uma vez que esta é ponto crucial no estudo e crítica da LaE. Além disso, no próximo item - 1.5.1 dedica-se especial atenção ao desenvolvimento do raciocínio neoclássico da utilidade marginal que embasa a moderna Teoria Microeconômica.

1.5.1 A TEORIA DA UTILIDADE

A teoria da Utilidade trata de justificar, segundo preferências dos indivíduos, famílias ou agentes econômicos, as escolhas de bens e serviços para a satisfação das necessidades por ventura existentes. O aspecto psicológico-subjetivo está embasado em um comportamento racional maximizador de utilidades em que, sendo possuído amplo conhecimento das condições de mercado, preços praticados e, conhecendo-se, também, a renda disponível prossegue-se em atividade de consumo segundo preferências ordenadas de produtos.

De posse dos dados referentes à preferência de produtos, que são valorados segundo sua utilidade, e de dado orçamento, obtém-se a demanda do consumidor e, por conseqüência a demanda de mercado.

⁶² Ver Keynes, *Op. cit.*

1.5.1.1 UTILIDADE TOTAL E UTILIDADE MARGINAL

Conforme visto, na evolução do pensamento econômico, em uma economia de mercado, os bens são valorados segundo diversos critérios, dentre os quais, sua utilidade, sua escassez, a quantidade de fatores de produção necessárias para sua elaboração ou, ainda, segundo pressões institucionais, etc. De qualquer forma, existe uma relação subjetiva entre a quantidade de um bem que alguém está disposto a adquirir sob determinada condição - preço - e a satisfação de suas necessidades.

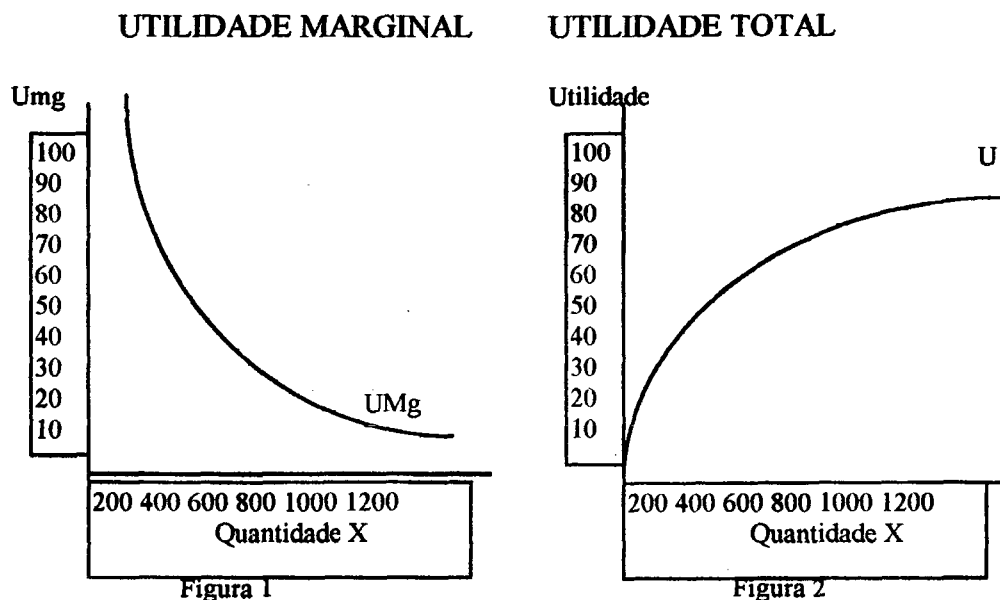
Todo bem, pois, de acordo com as necessidades do indivíduo tem uma *utilidade*⁶³ - capacidade de atender aos propósitos e desejos desse indivíduo. A utilidade de um bem, aumenta até que seja alcançada a satisfação total quando, então, passa a ser negativa - decrescente. Assim, na medida em que, v.g., é consumida mais uma unidade do bem X, menor é a satisfação que essa unidade trás em relação à anterior. Em decorrência do conceito de *utilidade total-UT* surge a possibilidade de identificar-se a chamada *utilidade marginal-UMg*.

Utilidade marginal é a quantidade de utilidade que o acréscimo de mais uma unidade de consumo do bem X apresenta em relação a anterior. A UMg é decrescente, segundo a perda de capacidade do bem em satisfazer o desejo - necessidade do indivíduo que, já tendo obtido outras unidades do referido bem, vê-se gradativamente satisfeito.

Enquanto a utilidade total do bem X aumenta até certo limite onde se tem a satisfação total do indivíduo, passando, a partir deste momento, a tornar-se prejudicial ao indivíduo satisfeito, uma vez que não agrega mais nenhuma utilidade, ou que, pelo contrário, causa-lhe *desutilidade*; a utilidade marginal desse bem é decrescente. Matematicamente, a curva marginal se obtém pela derivada da equação de Utilidade Total.

Supondo, hipoteticamente, que o grau de intensidade de utilidade do bem X fosse dado pela curva da Figura 2, verifica-se que na medida em que aumenta a quantidade consumida, decresce a intensidade de satisfação total até não mais ser acrescentada nenhuma utilidade, posteriormente tornando-se negativa - desutilidade. Destarte, tem-se na Figura 1 demonstrada a Utilidade Marginal do bem X, ou seja, a curva descendente onde se verifica que a cada unidade de consumo do bem X, menor é a satisfação por unidade consumida obtida.

⁶³ Para maiores esclarecimentos, ver glossário no final desta pesquisa.



O raciocínio apresentado é lógico mas não operacional pois não se pode, cardinalmente, medir a intensidade de satisfação que os bens trazem para os consumidores. Não existe uma medida chamada *utile* assim como tem-se, v. g., as medidas de tempo e de espaço.

O problema foi solucionado a partir do momento em que Vilfredo Pareto desenvolveu a análise ordinal das preferências do consumidor destacando não mais a intensidade de utilidade de um bem em si mas, sim, levando em consideração ato de escolha ou a disposição, desse consumidor, em relação ao consumo de um determinado bem comparado com outro. Em outras palavras, passou a ser irrelevante quanto de satisfação um bem pode oferecer, desde que seja possível detectar qual bem é, sob determinadas circunstâncias, escolhido para consumo.

A escolha, dentre os produtos, não é ampla uma vez que se apresenta submetida às referidas circunstâncias. Tais limitadoras do consumo podem ser verificadas em função da indisponibilidade do produto no mercado, da possibilidade de substituição do mesmo ou, principalmente, em função de uma limitação de renda.

1.5.1.2 AS CURVAS DE INDIFERENÇA

Partindo-se do pressuposto lógico de que os bens são escassos e que a renda disponível dos indivíduos é dada e, portanto, limitada, inexoravelmente, deve ser feita uma escolha entre um bem X e outro Y, entre a política A e a política B, entre a lei A e a Lei B ou mesmo entre condenar e absolver e, assim por diante. De outra forma, observa-se que a utilidade total

inerente ao consumo de bens depende da quantidade total consumida e não do somatório das utilidades independentes de cada bem.

Imagine-se, agora, que fosse possível comparar a quantidade de utilidade que o Bem X proporciona e a quantidade de utilidade também proporcionada no consumo do Bem Y, nos diversos níveis de utilidade; ou seja, conjecture-se da possibilidade de comparar quanto de um bem X e de outro bem Y apresentam um mesmo hipotético nível de utilidade Z e que assim fosse feito nos diversos níveis de utilidade:

Obtém-se o disposto na figura 3 que demonstra, em diversos níveis - elipses a, b, e c - quanto da mercadoria X e da mercadoria Y tem a mesma utilidade. Com este artifício gráfico-matemático, embora não existindo uma medida real de utilidade, torna-se possível comparar as diversas quantidades de um produto X que equivaler-se-iam à outra igual ou distinta quantidade de produto Y em termos de utilidade ou capacidade de satisfação.

O artifício utilizado possibilita afirmar que, em dado nível de utilidade, tanto é possível um consumo de dada quantidade de X como de Y; ou seja, tem-se um possível termo de equivalência para fins de satisfação de necessidades entre produtos dados.

POSSIBILIDADES DE X E Y NOS
DIVERSOS GRAUS DE UTILIDADE

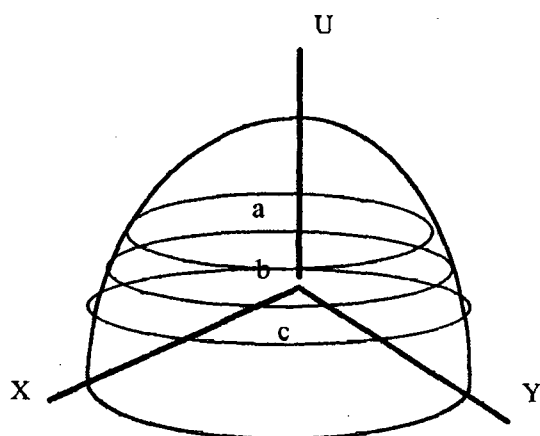


Figura 3

CURVA RENDA-CONSUMO

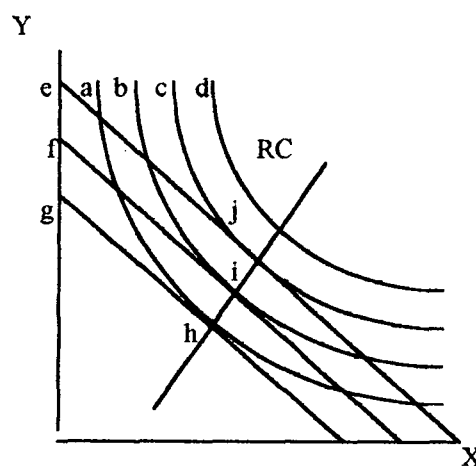


Figura 4

Na figura 4, representam-se, em diversos níveis de utilidade - a, b, c e d - as possíveis combinações de X e Y que, indiferentemente, satisfazem com a mesma intensidade o possível consumidor em cada nível dado. As curvas a, b, c e d são denominadas *curvas de indiferença*.

Estas curvas são inclinadas negativamente, não se interceptam em hipótese alguma e apresentam-se côncavas para cima. Com estes conceitos pode-se, agora, determinar uma Teoria do Consumidor.

1.5.2 A TEORIA DO CONSUMIDOR

1.5.2.1 A RETA ORÇAMENTARIA

Uma escolha tem de ser feita para satisfação das necessidades o que leva a opção de um critério para tal. Desde Menger, observou-se que o fator de racionalidade deve influir nesta escolha de forma a obter-se o maior prazer no consumo - maximização de utilidade - do referido bem e no emprego da renda disponível.

A quantidade de renda disponível para satisfação das necessidades, consumo, é limitada e a Teoria Econômica, então, apresenta, na Figura 5, as diversas possibilidades de consumo para X quando abre-se mão de consumir Y; isto é, a curva demonstra quanto de Y deve ser dado em troca para que se verifique o consumo de mais uma unidade de X e vice-versa.

Trata-se de artifício em que, dentro de uma limitação real - renda - opta-se por diversos níveis de satisfação proporcionada pelas diversas combinações dos referidos bens.

A *reta orçamentária* é o lugar geométrico dos pontos que representam as, teoricamente, infinitas combinações de bens que podem ser adquiridos quando do dispêndio de toda a renda monetária disponível.

Na figura 5, R é a chamada *reta de orçamento* que representa a quantidade de recursos disponíveis para a satisfação das necessidades. Assim, dada renda que permitisse aquisição de 120 unidades de X, ter-se-ia um consumo de zero unidades de y e vice-versa ou, ainda, poder-se-ia encontrar infinitas combinações teóricas entre X e Y como, por exemplo, 60 e 60, 20 e 80,...

O mesmo raciocínio pode ser obtido ao elevar-se a renda R para R1, R2, ... gerando-se as retas orçamentárias RO1, RO2,... reciprocamente. A cada nível de renda ter-se-ia determinado nível de consumo distribuído entre X e Y, de forma que, assim, ter-se-ia representada a quantidade de um bem que estar-se-ia disposto a abrir mão para o consumo de mais unidades de outro bem.

RETA ORÇAMENTARIA

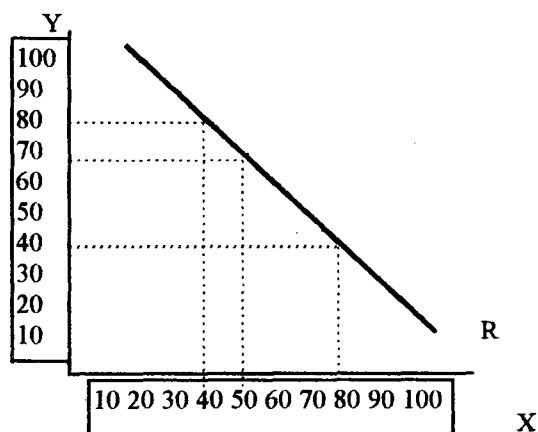


Figura 5

Até aqui dispõe-se de dois artifícios a saber :

1. as quantidades de X e Y que podem ser adquiridas indiferentemente nos diversos níveis de satisfação: *curvas de indiferença* e
2. os valores em termos físicos de uma mercadoria em relação a outra uma vez limitada a renda: *reta orçamentária*.

A partir do raciocínio exposto, é possível representar as diversas curvas de indiferença para os respectivos níveis de utilidade, sobrepondo-se a elas, as respectivas limitações em termos de Orçamento - retas orçamentárias e, f, g - verificadas na Figura 4. Trata-se, então, de verificar o equilíbrio do consumidor e as definições das *curvas de preço-consumo* e *renda-consumo*.

1.5.2.2 O EQUILÍBRIO DO CONSUMIDOR E AS CURVAS RENDA-CONSUMO E PREÇO-CONSUMO

O indivíduo está em equilíbrio no consumo de um bem X em relação a um bem Y, quando, dado certo nível de renda e preços destes bens, ele tem maximizada a utilização total dos determinados bens no emprego da renda. Esquemáticamente, na Figura 4, os pontos h, i e j e na Figura 6, os pontos K, l e m representam, para as respectivas retas orçamentárias, a aquisição de quantidades dos bens X e Y inerentes às respectivas curvas de indiferença. Observa-se, que em sua atividade de consumo, deve, o consumidor, buscar a máxima satisfação possível; o que o leva a atuar no nível da mais alta curva de indiferença possível,

dada a reta orçamentária disponível - ponto j da Figura 4 e ponto k da Figura 6.

Verifica-se que influi, no consumo, tanto a renda disponível como o nível de preços de um bem em relação a outro; o que faz surgir dois conceitos a saber: o da *curva renda-consumo* e o da *curva preço-consumo*.

A Figura 4 demonstra a interação das *curvas de indiferença* - a, b, c e d - com as *retas orçamentárias* - e, f e g. A determinados níveis de renda, pois, identificam-se as respectivas combinações de consumo para Y e X - pontos h, i e j. Juntando-se estes últimos pontos tem-se a *curva renda - consumo* - RC - do indivíduo para os bens X e Y.

A curva renda-consumo é o lugar geométrico dos infinitos pontos de equilíbrio obtidos a partir dos vários níveis de renda monetária a preços monetários constantes para os dados bens que encontram-se combinados nas respectivas curvas de indiferença.

Em continuidade ao raciocínio, variando-se o preço do bem X, mantendo o preço do bem Y e dadas as curvas de indiferença para o consumidor e sua renda monetária disponível constante, torna-se possível traçar a *curva de preço-consumo* deste consumidor - Figura 6. Assim, nos diversos níveis de preços, tem-se o respectivo consumo dos bens X e Y.

Após trilharem-se os passos anteriores, já é possível visualizar e conceituar a *curva de demanda* visualizada na Figura 7.

1.5.2.3 A CURVA DE DEMANDA

CURVA PREÇO-CONSUMO

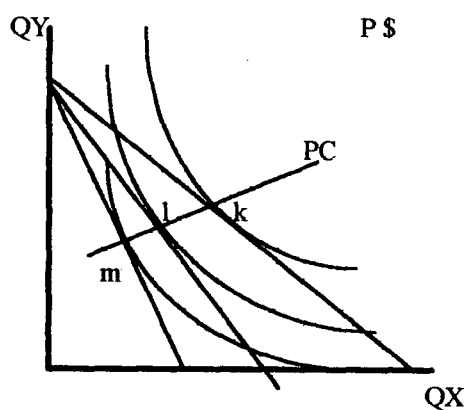


Figura 6

CURVA DE DEMANDA DE X

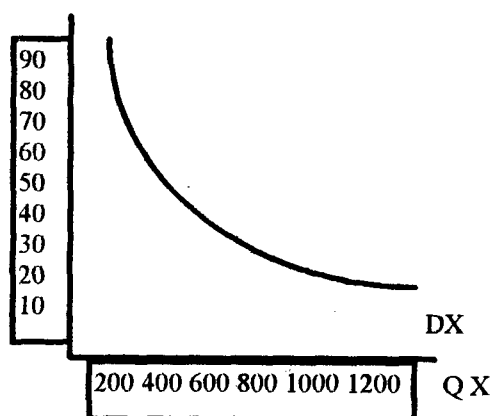


Figura 7

A curva de demanda de uma mercadoria X apresenta as quantidades de equilíbrio dessa mercadoria em relação ao seu respectivo preço de mercado, dada uma determinada renda monetária constante e dados os preços dos demais produtos. Em outras palavras, trata-se da *curva preço-consumo*.

Exemplifica-se uma curva de demanda na figura 7, cujos valores estão contidos na tabela 1 abaixo. Na tabela 1, estão exemplificados, numericamente, a quantidade de produtos - ou bens - que os consumidores - ou indivíduos - estariam dispostos e em condições de, em determinado período de tempo e sob determinado preço, adquirir.

Muitas são as variáveis que devem ser consideradas na tomada de decisão entre as diversas opções disponíveis, seja em nível de consumo de determinado bem, ou, porquê não, quando da escolha de uma determinada lei ou na opção, em sentença, por parte do Magistrado, em relação ao pedido das partes ?

Fatores diversos como o período de tempo considerado, o preço ou custo em relação ao benefício, a renda monetária disponível, o preço de outros bens, serviços ou políticas alternativas - substitutos ⁶⁴ ou complementares - a utilidade do bem e, mesmo, o próprio gosto individual⁶⁵, dentre outros, influenciam e determinam a escolha

ESCALA DA PROCURA DO PRODUTO X	
PREÇOS (R\$)	QUANTIDADES
10,00	1200
20,00	990
30,00	780
40,00	640
50,00	500
60,00	400
70,00	330
80,00	280
90,00	220
100,00	200

Tabela 1

Cabe à Teoria Econômica tentar explicar este comportamento utilizando, como se vê, de modelos matemáticos e recursos gráficos. Para facilitar o estudo, os Economistas procuram

⁶⁴ Trata-se do *efeito substituição*, pelo qual, o indivíduo consome outras mercadorias em função da suba do preço de dado bem.

⁶⁵ O gosto do indivíduo pode variar inclusive no que diz respeito a uma possível variação de renda. É o chamado *Efeito Renda* em que, ao diminuir-se o preço de um bem, *coeteris paribus*, o poder aquisitivo do indivíduo sobe; o que o leva a comprar mais quantidade do dito bem se este é tido como *normal* ou mesmo diminuir o consumo deste se trata-se de um *bem inferior*

simplificar a abordagem analisando certas mudanças ao manter circunstâncias fixas; trata-se da condição *coeteris paribus*.

Variando o preço de uma mercadoria ou bem e considerando constante a renda, os hábitos e o preço de outros bens obtém-se a função de demanda do indivíduo para o dado bem. Na Tabela 1 e Figura 7, trata-se de uma curva com inclinação negativa pois a medida que aumenta o preço, diminui a quantidade procurada. Há pois uma relação inversa entre o custo e a quantidade do bem.

A partir da obtenção da curva de demanda do consumidor, obtém-se a demanda de mercado para dado produto somando-se, horizontalmente as demandas individuais.

Tendo-se concluído breve abordagem da teoria do consumidor e lembrando-se que no mercado interage com este o produtor, resta, ao próximo item abordar a Teoria da Produção e do Custo.

1.5.3 A TEORIA DA PRODUÇÃO E DO CUSTO

A teoria da produção foi, conforme já referido, ponto fundamental nas aproximações econômicas dos clássicos econômicos que partiam do pressuposto de pleno emprego dos fatores de produção para que fosse atendido o mercado, ainda apresentando-se como preços a serem, neste - mercado - praticados, os inerentes à Teoria objetiva do valor representada pelo valor-trabalho em suas modalidades diversas. Referidas teorias passaram a sofrer uma apreciação subjetiva utilitária no final do século XVIII, chegando-se, por fim a interação consumo - produção na determinação do preço de mercado. Do exposto, resulta, agora determinar a curva de produção com objetivo de alcançar-se a análise do equilíbrio de mercado; para tanto, inevitável faz-se a abordagem da Teoria dos Custos.

Desta feita, então, objetiva-se delinear os principais aspectos da Teoria dos Custos e da Teoria da Produção, paralelamente.

1.5.3.1 DOS CUSTOS TOTAIS

Do emprego de recursos - fatores de produção - resultam custos no processo produtivo. Ferguson define os *custos sociais de produção* como sendo aqueles *que uma sociedade*

*suporta quando seus recursos são usados para produzir uma dada mercadoria.*⁶⁶

É importante frisar que toda vez que despendem-se recursos no processo produtivo, estes podem ser valorados segundo seu custo de oportunidade. Ainda, na linha de pensamento de Ferguson tem-se, como *custo de oportunidade* ou *custo alternativo de produção* de uma mercadoria X, o montante da mercadoria Y que deve ser sacrificado, a fim de que os recursos sejam alocados para produzir X em vez de Y⁶⁷.

De qualquer forma, para produzirem-se bens e serviços fatores de produção como natureza, trabalho, capital e iniciativa empresarial são alocados, ainda sendo de observar que alguns deles incorrem em *custos fixos* - CF e outros em *custos variáveis* - CV. Veja-se o exemplo abaixo:

CUSTOS FIXOS, VARIÁVEIS E TOTAIS DA EMPRESA K			
Quantidades Produzidas (Q)	R\$		
	Custo Fixo Total (CFT)	Custo Variável Total (CVT)	Custo Total (CT)
0	200	0	200
20	200	80	280
40	200	136	336
60	200	168	368
80	200	191	391
100	200	215	415
120	200	255	455
140	200	321	521
160	200	411	611
180	200	526	726
200	200	681	881

Tabela 2

Na tabela 2, verifica-se a presença de um custo fixo de R\$ 200 a cada nível de produção enquanto que os custos variáveis crescem com o aumento dessa mesma produção; reparando-se que, tal crescimento, não é constante. Inicialmente, os *custos variáveis totais* - CVT são decrescentes passando, em um certo nível de produção, onde eles são constantes, para, depois, tornarem-se crescentes.

Justificam-se tais variações pelo fato de que, inicialmente, a medida em que se aumenta a produção, rateiam-se os CVT juntamente com os *custos fixos totais* - CFT por maior quantidade de produtos em um aumento de eficiência caracterizado pela melhor utilização das

⁶⁶ FERGUSON, C.E. *Microeconomia*. Op. cit. p. 231.

⁶⁷ Op. cit. p. 231.

instalações. Com o aumento da produção continuado, a combinação de recursos torna-se ineficiente e, assim, os *CVT* passam a aumentar mais que proporcionalmente em relação à quantidade produzida ocasionando a chamada *deseconomia de escala*.

É o conhecido fenômeno denominado *Economia de Escala*⁶⁸ que leva à procura de uma combinação ótima de recursos a curto e longo prazos de forma a diminuir os *custos totais* - *CT* - somatório dos *CFT* + *CVT*. Na figura 8 estão, graficamente, representados os custos da tabela 2. Repare e confira o explicado.

COMPORTAMENTO DOS CFT, CVT E CT CURVA DE PRODUÇÃO TOTAL

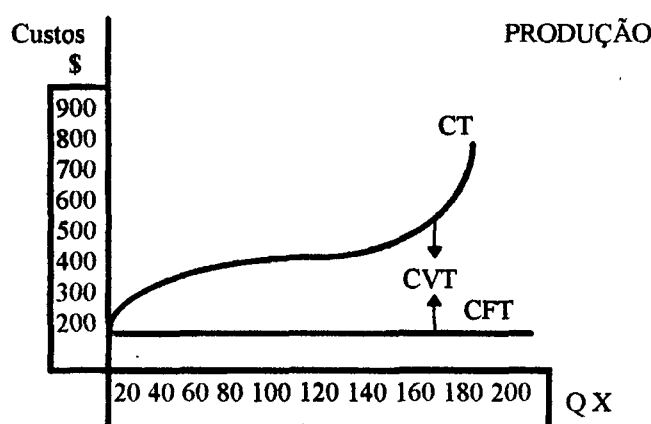


Figura 8

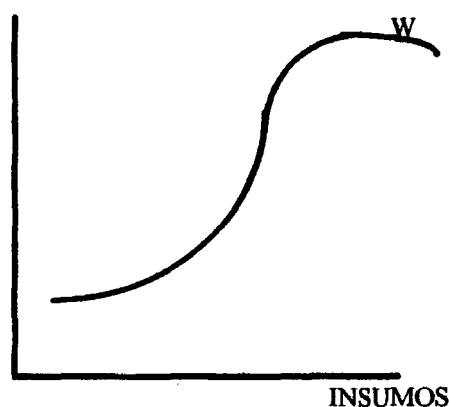


Figura 9

A partir da curva de *CT*, pode-se traçar a *curva de produção* como sendo o lugar geométrico dos pontos que demonstram as diversas possibilidades de produção comparadas com os respectivos custos dados. A *curva de produção* é vista na Figura 9. Após o ponto de pico *W* a curva decresce em função da *lei dos rendimentos decrescentes* em que dados alguns insumos - fixos, o acréscimo de outros - variáveis, torna o processo produtivo ineficiente reduzindo-se a produção marginal de cada unidade acrescida.

1.5.3.2 DOS CUSTOS E PRODUTO MÉDIOS E DO CUSTO E PRODUTO MARGINAL

Dividindo-se os custos pela quantidade de bens respectivamente produzida, obtém-se o *custo médio* de cada produto, seja variável médio, fixo médio ou total médio. A *curva do custo*

⁶⁸ Ferguson oferece interessante abordagem sobre a obtenção de maior lucro devido à combinação ótima de recursos em forma de *Economia de Escala* bem como sobre *Deseconomia de Escala* como restrição à eficiência administrativa. Ver *Op. cit.* pp. 262, 264- 265.

total médio - *CTMe* é igual a soma das curvas de *custo fixo médio* - *CFMe* - e de *custo variável médio* - *CVM*. Verifique-se na Figura 10.

CURVAS DE CUSTO MÉDIO E MARGINAL

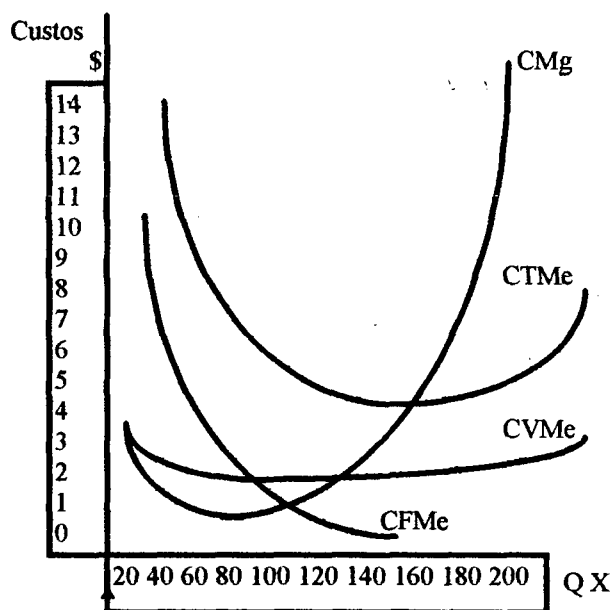


Figura 10

Outro conceito importantíssimo, para a Análise Econômica, é o de *custo marginal*; ou seja, o custo incorrido como acréscimo do *custo total* para a produção de uma unidade adicional.

Observe-se que a curva de *custo marginal* corta a curva de *custo variável médio* no seu ponto mais baixo. De posse dos valores de custos e dentro de uma perspectiva de mercado, o produtor buscará maximizar seu lucro obtendo a maior diferença possível entre o preço de venda e seus custos, ou seja, quando *receita marginal* é igual ao *custo marginal*.

A empresa estará em equilíbrio ao minimizar seus custos e maximizar seus lucros, dentro de um tamanho ótimo que lhe permita economias de escala, ainda estando condicionada ao tipo de organização de mercado em que está inserida.

Exemplifique-se, pois, a obtenção de um preço de mercado para os diversos níveis de produção - curva de oferta - trabalhando-se em um mercado de concorrência perfeita. Neste tipo de mercado, a empresa não tem, pelo menos a curto prazo, limitada a sua produção e submete-se aos preços ali praticados de acordo com as *leis de oferta* e de *procura*. Dessa forma, deverá ajustar sua produção com vistas a obter o máximo lucro possível. Suponha-se a

Tabela de dados 3. Delimitados os *custos fixo e variável* a cada nível de produção e dado um *preço de mercado*, é possível determinar, para cada quantia respectiva, um nível de prejuízo ou de lucro, ainda detectando-se, no exemplo da tabela 3 que, em uma produção entre 160 e 180 unidades obtém-se um lucro máximo.

DADOS PARA UM EXEMPLO DE MAXIMIZAÇÃO DE LUCROS DE EMPRESA EM MERCADO PERFEITAMENTE COMPETITIVO					
Quantidades Produzidas (q)	Custo Total (CT)	Receita Total (RT=p.q)	Em R \$ Custo Marginal (C Mg)	Preço (P = Rmg)	Lucro ou Prejuízo (RT-CT)
0	200	-	-	5,00	-
20	280	100	4,00	5,00	- 180
40	336	200	2,80	5,00	- 136
60	368	300	1,60	5,00	68
80	391	400	1,15	5,00	9
100	415	500	1,20	5,00	85
120	455	600	2,00	5,00	145
140	521	700	3,30	5,00	179
160	611	800	4,50	5,00	189
180	726	900	5,75	5,00	174
200	881	1000	7,75	5,00	119
220	1161	1100	14,00	5,00	- 61

Tabela 3

Graficamente, podem ser observados os dados apresentados na Tabela 3 conforme se vê na Figura 12. Nessa representação gráfica tem-se o lucro máximo obtido, representado através da máxima distância entre as *curvas de receita* e de *custos totais*, ou seja, entre os pontos B e C. Já, na Figura 13 tem-se o ponto de maximização D onde a curva de preço corta a curva de *custo marginal* e na Figura 14 tem-se a representação do lucro máximo no ponto mais alto da curva lucro-prejuízo: ponto E.

Da mesma maneira como foram obtidas as funções de custo, podem ser obtidas as funções e representações gráficas das curvas de produção, conforme se vê na Figura 11.

APRESENTAÇÃO GRÁFICA DA MAXIMIZAÇÃO DE LUCROS EM CONCORRÊNCIA PERFEITA
CUSTOS E RECEITAS TOTAIS

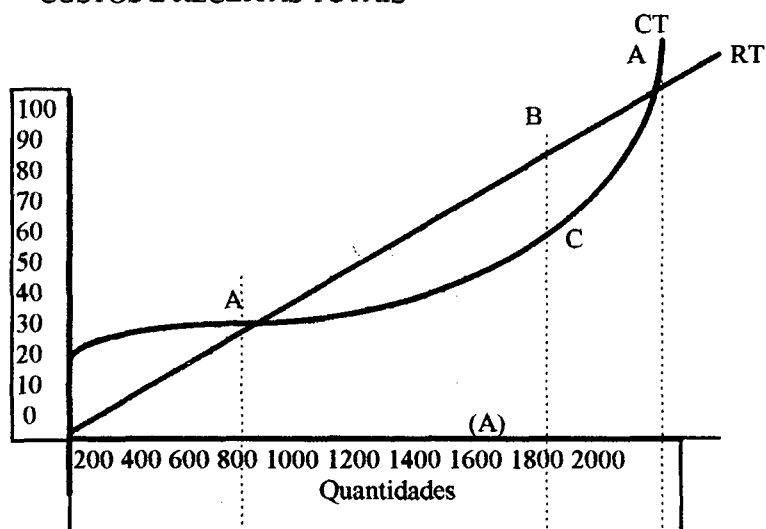


Figura 12

RECEITA MARGINAL E CUSTOS MÉDIO E MARGINAL

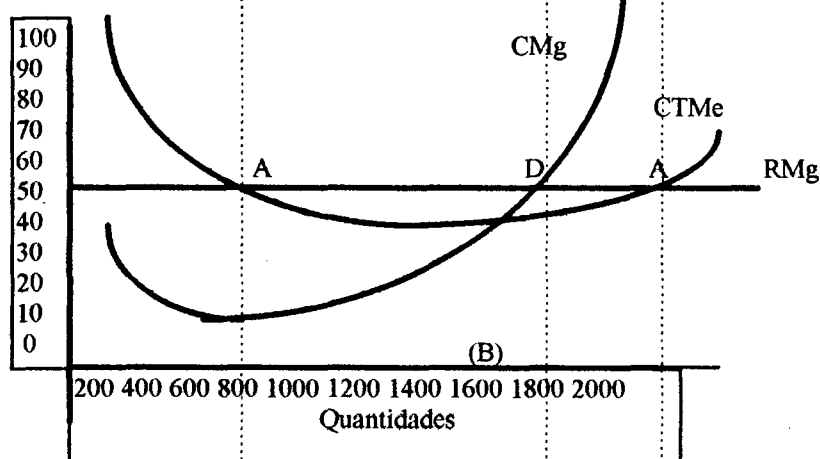


Figura 13

LUCRO E PREJUÍZO

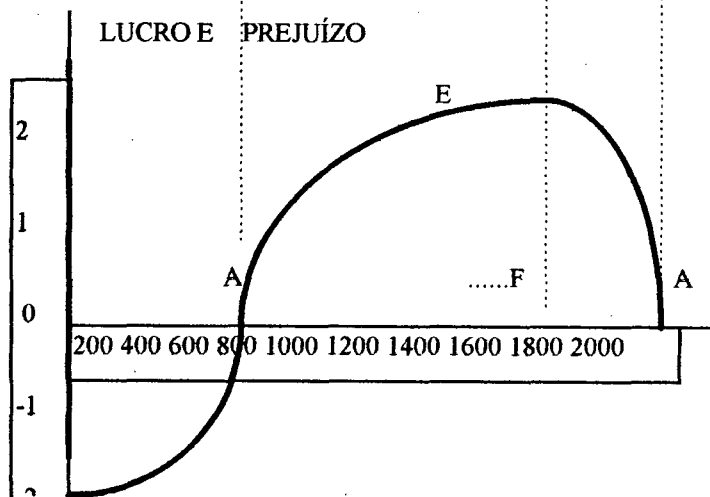
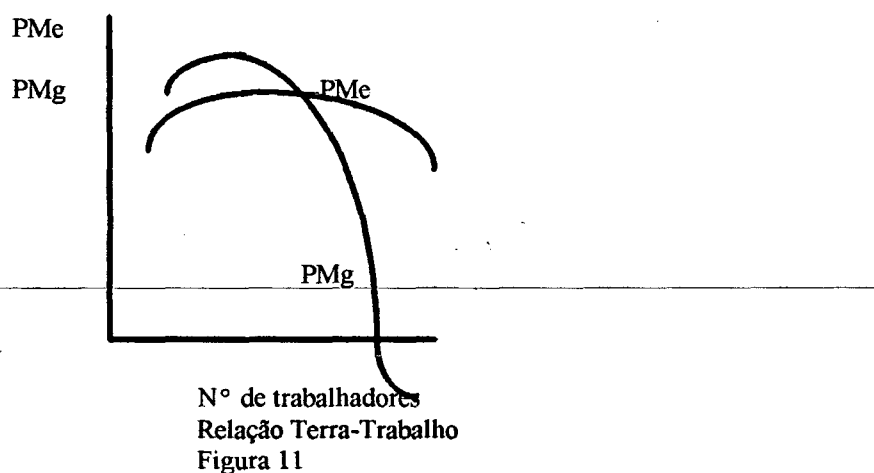


Figura 14

CURVA DE PRODUTOS: MÉDIO E MARGINAL



Observa-se na Figura 11 que o ponto em que a curva de *produto marginal* - *PMg* corta a curva de *produto médio* - *PMe*, esta está em seu valor máximo, quando então começa a decrescer, manifestando-se, então, a Lei dos rendimentos decrescentes onde já não se verifica a apropriada harmonia entre os insumos fixos e variáveis no processo produtivo.

1.5.3.3 A CURVA DE OFERTA

A oferta de um bem, em um determinado período de tempo dado, esta determinada pelas condições de preço obtidas em mercado e do custo dos fatores de produção envolvidos no processo produtivo.

ESCALA DA OFERTA DO PRODUTO X	
PREÇOS (R\$)	QUANTIDADES
00,00	00
10,00	200
20,00	400
30,00	600
40,00	800
50,00	1000
60,00	1200
70,00	1400
80,00	1600
90,00	1800

Tabela 4

A tabela 4 mostra que a determinado nível de preço o produtor ou ofertante esta disposto a negociar ou dispor de quantidade dada do bem X segundo uma função matemática ou disposição conforme as condições de produção e /ou custo; bem como do tipo de mercado no qual se esteja operando.⁶⁹

Desconsiderando-se a imperfeição na organização do mercado na qual a empresa opera, ou por outra, considerando um mercado de concorrência perfeita, pode-se conjecturar a respeito dos *custos de produção* como fator essencial na elaboração dos preços de oferta do produto X. A produção dessa empresa está em função do volume de recursos disponíveis. Estes recursos podem ser *fixos* ou *variáveis*. Conforme não se modifiquem, segundo a quantidade de bens produzida, apresentam-se como recursos fixos e como, recursos variáveis, quando aumentam de acordo com a produção. Decorrente de tais recursos, respectivamente surgem custos fixos e custos variáveis para o funcionamento da empresa e consecução da produção.

De posse da oferta individual para uma dada mercadoria, obtém-se a oferta de mercado agregada para esta mercadoria, em dado período de tempo, pelo somatório da oferta dos produtores individuais.

Obtidas as *curvas de demanda e de oferta*, já é possível estabelecer um ponto de equilíbrio entre as duas através da interação das mesmas obtendo-se, por fim, o equilíbrio das transações de mercado.

1.5.3.4 PONTO DE EQUILÍBRIO - OFERTA - DEMANDA

O ponto de equilíbrio é aquele oriundo das condições de mercado - oferta e demanda - em que se tem um preço e uma respectiva quantidade que, no tempo dado e sob circunstâncias

⁶⁹ Para fins de simplificação na apresentação do tema, os economistas costumam iniciar a análise a partir de um modelo simples de produção e oferta em um mercado perfeitamente competitivo.

O tipo de organização do mercado é importante na análise. As quatro estruturas básicas de mercado são: Concorrência Perfeita, Monopólio, Oligopólio e Concorrência Monopolística.

Na Concorrência Perfeita tem-se um grande número de empresas ofertando produto padronizado, sem possibilidades de manipulação do mercado através de subterfúgios tais como concorrência extra-preço estando o mercado aberto a entrada e saída de concorrentes a qualquer momento.

O Monopólio, por sua vez, trata do domínio exclusivo do mercado por uma única empresa ofertando produto para o qual não exista substituto satisfatório, determinando o preço de mercado - quando não existam medidas restritivas, v.g. oriundas do governo.

Oligopólio trata da operação, em mercado, de pequeno número de empresas que negociam produtos semelhantes ou diferenciados em certas características, induzindo seu consumo, principalmente, através de práticas extra-preço - propaganda, facilidades no comércio, etc. sendo obstaculizada a entrada de novas concorrentes.

Por fim, a Concorrência Monopolística faz encontrar, no mercado, um grande número de empresas, cuja entrada é relativamente fácil, apresentando produtos diferenciados que podem criar segmentos próprios de consumo no mercado disputados por práticas extra-preço na medida em que outros produtos semelhantes podem ser adquiridos pelo consumidor. As patentes e marcas bem como prestação de serviços complementares fazem influência na opção do consumidor. Para maiores esclarecimentos ver tópico 1.6 deste trabalho e ROSSETTI, *Op. cit.* pp. 268- 282.

dadas nesse mercado, reflete a disposição equivalente de ofertante e demandante. No ponto de equilíbrio não existe nem escassez e nem excesso de produtos no mercado. Pode ocorrer dois tipos de equilíbrio, quais sejam: estável e instável; conforme se verifique capacidade de nova estabilização do mercado após um possível desvio ou, caso contrário, se for verificada tendência à fuga do ponto de equilíbrio.

APROXIMAÇÃO GRÁFICA DO PONTO DE EQUILÍBRIO ESTÁVEL

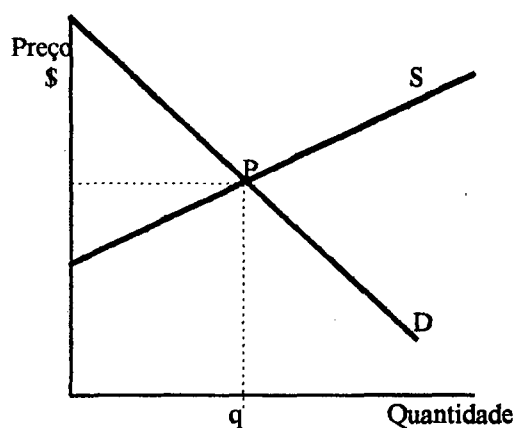


Figura 15

A Figura 15 dá a idéia gráfica do que é conhecido como *equilíbrio parcial* que abrange o estudo do comportamento das unidades decisórias individuais e da atividade dos mercados individuais, vistos de maneira isolada. Entretanto, ao estudarem-se o comportamento de todos os mercados individuais, assim como, também, de todas as unidades decisórias individuais, tem-se uma análise de *equilíbrio geral*. Tal estudo é muito útil, principalmente para o ramo da LaE voltado à análise das decisões públicas como é o caso da *Public Choice*.

O problema crucial da Análise Econômica, agora, refere-se a verificar até que ponto os procedimentos econômicos individuais levam ao equilíbrio ótimo geral.

A Economia está embasada na obtenção de uma distribuição ótima de fatores e de mercadorias de forma que seja obtido um *equilíbrio geral de mercado* segundo distribuição eficiente sob critérios como o de Pareto. Com este objetivo, intenta, a Economia, eliminar as externalidades de mercado sendo, estas, conceituadas como a diferença entre os custos particulares e os custos sociais ou entre lucros particulares e lucros sociais.

As externalidades levam à ineficiência do sistema cabendo corrigi-las e, nesta situação, a LaE apresenta-se como critério para distribuição de riqueza ou consagração de direitos

segundo a capacidade que tenha o agente - parte envolvida - de promover melhor bem-estar social através do uso mais eficiente dos recursos.

Economicamente explicando, e dentro de um sistema econômico liberal que importe em primazia ao indivíduo, ter-se-á, conforme a LaE, *economia do bem-estar* a partir da maximização de todos os resultados, em todos os setores da economia agindo em mercado de concorrência perfeita; ao passo que, em uma economia planificada e centralizada, o mesmo resultado pode-se obter a partir da utilização de *preços-sombra*.

Objetivar-se-ia, por fim, em uma *economia de bem-estar social* a eliminação das deseconomias ou economias externas de forma que, conforme ao modelo de concorrência perfeita, os *custos sociais marginais* fossem iguais às *receitas sociais marginais*. O que ocorre, no entanto, é que o empresário ou indivíduo, em economia de mercado, visa atuar obtendo lucro que não, necessariamente, oferece uma *receita marginal individual* compatível com o *custo marginal social* levando à ocorrência de deseconomias⁷⁰. O assunto é geralmente tratado ao abordar-se a questão dos *property rights* e dos *custos sociais* impostos pelas atividades individuais como, por exemplo, no caso de uma fábrica que polui o ambiente danificando a execução das atividades de uma viúva que reside nas circunvizinhanças e que lava roupas para fora tendo prejudicada sua atividade⁷¹.

Portanto, já, aqui, observa-se que a economia gira basicamente em torno de escolhas sobre possibilidades que levem a resultados, na medida do possível, calculáveis e eficientes.

Tendo sido estruturadas as *Teorias da Demanda e da Oferta*, tratando, a primeira, da estruturação da renda e do comportamento do consumidor em mercado, ainda influenciando a definição da estrutura de mercado e da própria indústria; bem como, estabelecendo, a segunda, os custos de produção e as condições de oferta da indústria; obtém-se o *ponto de equilíbrio geral de mercado* entre a *demanda e a oferta* ou o *ponto de equilíbrio parcial* entre *receitas e custos individuais*.

No ponto de equilíbrio, é encontrada uma quantidade ótima de produção bem como seu respectivo preço propiciando, assim, a consecução da idéia de mercado. Em sua primeira aproximação, o mercado pode ser analisado na sua forma pura de concorrência perfeita sem intervenções governamentais ou de qualquer outro tipo - mercado aberto em que os agentes livremente atuam para maximizar seus lucros ou intenções. A partir desses pressupostos é

⁷⁰ Para efeitos de aprofundamento da pesquisa no que diz respeito a bens públicos e deseconomias recomenda-se leitura in WONNACOTT, Paul e WONNACOTT, Ronald. *Economia*. Op. cit. p.647-663.

⁷¹ O exemplo citado é abordado na análise do trabalho do Professor Ronald H. Coase. *The Problem of Social Cost*. Op. cit. p.1.

possível aperfeiçoar uma Teoria da Firma e consecutiva Organização de Mercado onde insere-se, no modelo simples e original, as imperfeições verificáveis no mundo real.

1.6 A TEORIA DA FIRMA E A ORGANIZAÇÃO DO MERCADO

Uma das questões mais intrigantes para o homem é a inerente à valoração. Restam grandes tratados e teorias a respeito de como valorar, estipular preferência ou reconhecer mérito no próprio homem e no que lhe cerca. Diversos são os ramos do conhecimento em que, no seu objeto, estão presentes circunstâncias que levam derradeiramente a juízos de valor; dentre eles, o ligado à Economia. Nesta Ciência, enquanto uns defendem teorias objetivas do valor como, por exemplo, valor-trabalho; outros defendem idéias que levam em conta, mormente, o homem e sua subjetividade - teorias subjetivas do valor intentando uma aproximação psicológica deste. Para a consecução de padrões valorativos homogêneos e consentâneos com sociedades específicas e com características próprias que lhes são inerentes, adotam-se sistemas econômico-sócio-políticos que passam a reger ou identificar o comportamento dos indivíduos inseridos em seus contextos.

Outrora, predominaram sistemas econômico-políticos ora de cunho individualista ora de cunho coletivista, destacando-se, em dado momento, a chamada *Guerra Fria* em que as duas grandes superpotências - Estados Unidos da América e União Soviética disputavam a hegemonia mundial respectivamente defendendo as estruturas sociais capitalista e comunista, ainda restando, para alguns países menores o ideal socialista. Se os princípios basilares de referidos sistemas eram identificáveis e enumeráveis em campo teórico com certa facilidade, já, no Estado Intervencionista, adotado nos Países de linha capitalista a partir dos anos trinta, demonstrava-se, tal sistema, indelevelmente, tocado por ideais sociais e, de outra forma, nos anos oitenta, verificava-se que a intransponibilidade do famoso muro de Berlim e dos sistemas socializantes era quebrada invadindo-se as terras da *esquerda* com a *ideologia mercadológica*.

Restou, dos acontecimentos expostos, um terceiro momento, atual e complexo, onde, apesar de se falar em societarismo⁷² ou sistemas alternativos caracterizadores de um ecletismo econômico-político, a história, ainda, está sendo escrita e faz urgir cautela nas

⁷² Pode ser observada esta ideia a partir da obra de Oscar Corrêa Dias in CORRÊA, Oscar Dias. *O sistema político-econômico do futuro : o societarismo*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1994.

definições e classificações a este respeito. Pode-se, no entanto, definir uma prática inquestionável no cenário político-econômico internacional⁷³: o fenômeno da globalização como forma de expansão do comércio e da cultura internacional em meio a ação dos diversos governos a *quebrarem* fronteiras, questionarem o conceito de soberania e a associarem-se em blocos econômicos, sendo verificada, também, óbvia globalização dos regionalismos e regionalização dos globalismos.

Vivido ou não um momento de reestruturação das políticas econômico-sociais, restam padrões básicos de sistemas identificáveis com os Países voltados à Economia de Mercado caracterizados pela orientação capitalista.

No sistema econômico capitalista de livre mercado predominam algumas características básicas como a orientação do sistema de valores através dos preços oriundos das perspectivas de oferta e demanda por produtos, a livre iniciativa e a propriedade privada, sendo, ainda, fato que os agentes econômicos atuam como maximizadores de expectativas na busca de eficiência e ótimo aproveitamento dos meios disponíveis, em meio às diversas opções de mercado, seja no consumo, na circulação, na repartição ou na produção da riqueza - fatos econômicos consagrados na doutrina. Em especial, no que diz respeito à produção, esta, como fenômeno econômico, manifesta-se através da firma.

Dentro da Teoria da Firma e da Organização do Mercado, podem ser analisadas, a Teoria do Preço, idealmente, nos mercados de concorrência perfeita; entretanto, a observação faz confessar que existe um hiato entre o idealismo de um modelo paradigmático teórico de concorrência perfeita e a pragmática do mundo real em que os agentes atuam inseridos, basicamente, no contexto de estruturas tais como as de monopólio puro, concorrência monopolística ou ainda, de oligopólio. A propósito, lembre-se a classificação de Stakelberg⁷⁴ quanto às principais estruturas de mercado. O autor, além da *concorrência perfeita*, em que existe grande número de compradores e vendedores, identifica o *monopólio bilateral* - em que atuam um só comprador e um só vendedor, o *oligopólio bilateral* - com pequeno número de vendedores e de compradores; o *quase monopsônio* - onde atuam pequeno número de vendedores e um só comprador; o *monopsônio* - em que um só comprador é atendido por grande número de vendedores; o *monopólio* em que um só vendedor supre grande número de compradores e, por fim, o *oligopólio* em que o mercado caracteriza-se por um grande número

⁷³ O assunto pode ser melhor observado na obra de Boaventura Santos sendo de destacar seu trabalho in SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995.

⁷⁴ STAKELBERG, H. F. *Principios de Teoría Económica*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos. 1946.

de compradores e pequeno número de vendedores.

Jean Marchal⁷⁵ também contribui com o seu classificar das diversas estruturas de mercado conforme tabela que segue:

PRINCIPAIS ESTRUTURAS DE MERCADO SEGUNDO J. MARCHAL

Procura/Oferta	Estrutura Monopólica Um só Vendedor	Estrutura Molecular Poucos Vendedores	Estrutura Muitos Vendedores com Viscosidade	Atomizada Muitos Vendedores com Fluidez
Estrutura Monopolística Um só Comprador	Monopólio Bilateral	Monopsônio Contrariado	Monopsônio Viscoso	Monopsônio Fluido
Estrutura Molecular Poucos Compradores	Monopólio Contrariado	Oligopólio Bilateral	Oligopsônio Viscoso	Oligopsônio Fluido
Estrutura Atomizada Muitos Compradores com Viscosidade	Monopólio Viscoso	Oligopólio Viscoso	Concorrência duplamente Imperfeita	Concorrência Imperfeita de Compradores
Estrutura Atomizada Muitos Compradores com Fluidez	Monopólio Fluido	Oligopólio Fluido	Concorrência Imperfeita de Vendedores	Concorrência Perfeita

Tabela 5

Como se observa, a partir das duas classificações citadas, merecem ser destacadas as características de quatro estruturas básicas do mercado a saber: *concorrência perfeita*, *monopólio*, *oligopólio* e *concorrência monopolística*. Longe de pretender exaurir o assunto, intente-se, pois, delimitar alguns conceitos e delineamentos econômicos a respeito, como que, preparando o leitor para a abordagem economicista do Direito, mormente, no que concerne à atuação do Estado Intervencionista na defesa da *livre concorrência*.

1.6.1 A TEORIA DOS PREÇOS NOS MERCADOS DE CONCORRÊNCIA PERFEITA

Nesta situação ideal de mercado, opera grande número de empresas a produzir produto padronizado ou homogêneo; sem possibilidades de manipular preços no mercado de forma a controlá-lo e nem competir através de outros expedientes como campanhas institucionais de propaganda ou semelhantes que, possivelmente, viessem a influir na decisão do consumidor, restando a possibilidade de ingresso de novos competidores no mercado sem restrições

⁷⁵ Apud ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à Economia*. Op. cit. p 270.

segundo a livre mobilidade dos recursos e todos os agentes, proprietários de recursos, produtores e consumidores têm perfeito conhecimento do mercado.

Pela exigência de suas características, este modelo paradigmático é irreal, entretanto a abstração teórica é útil. Embora não sendo perfeitamente descritivo do mundo real, o modelo teórico propicia instrumentos de análise de situações e hipóteses a serem verificadas, empiricamente, na sociedade.

No curto prazo, a empresa maximiza seus lucros obtendo a maior diferença entre sua *receita total* - RT e seus *custos totais* - CT, ou quando o preço praticado - D1 - é encontrado no ponto em que a *receita marginal* - RMg é igual ao *custo marginal* - CMg⁷⁶ - Figura 16.

EQUILÍBRIO DA FIRMA EM CONCORRÊNCIA PERFEITA NO CURTO PRAZO

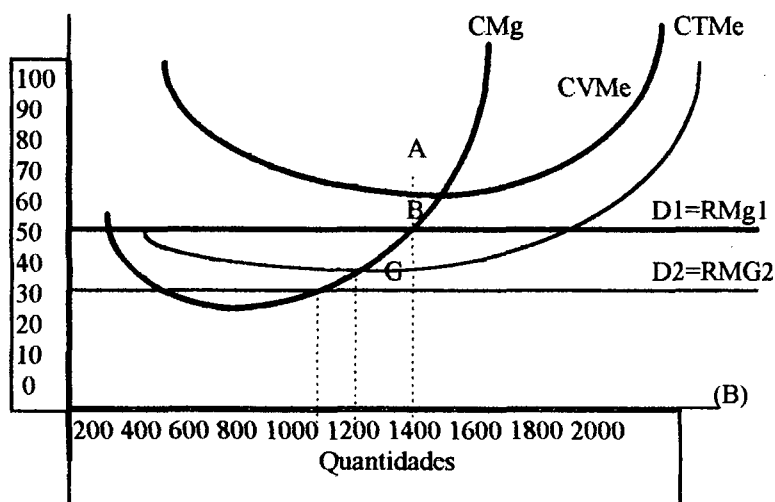


Figura 16

A longo prazo, a firma deve procurar expandir ou diminuir sua planta, tamanho ou processo de atuação no mercado de forma a evitar as deseconomias de escala que levam ao aumento dos custos e, portanto, diminuição dos lucros maximizados. Figura 17

Na figura 17 fica evidente que a instalação e operação da firma no tamanho 3 traduz o ótimo de mercado em que o *custo marginal de curto prazo* - CMg3 - é o mesmo que o *custo marginal de longo prazo* - CMgLp - e ambos correspondem à mesma *receita marginal* ou preço unitário praticado no mercado.

⁷⁶ Remete-se, o leitor, ao tópico 1.5.3 infra.

AJUSTE DA FIRMA EM CONCORRÊNCIA PERFEITA NO LONGO PRAZO

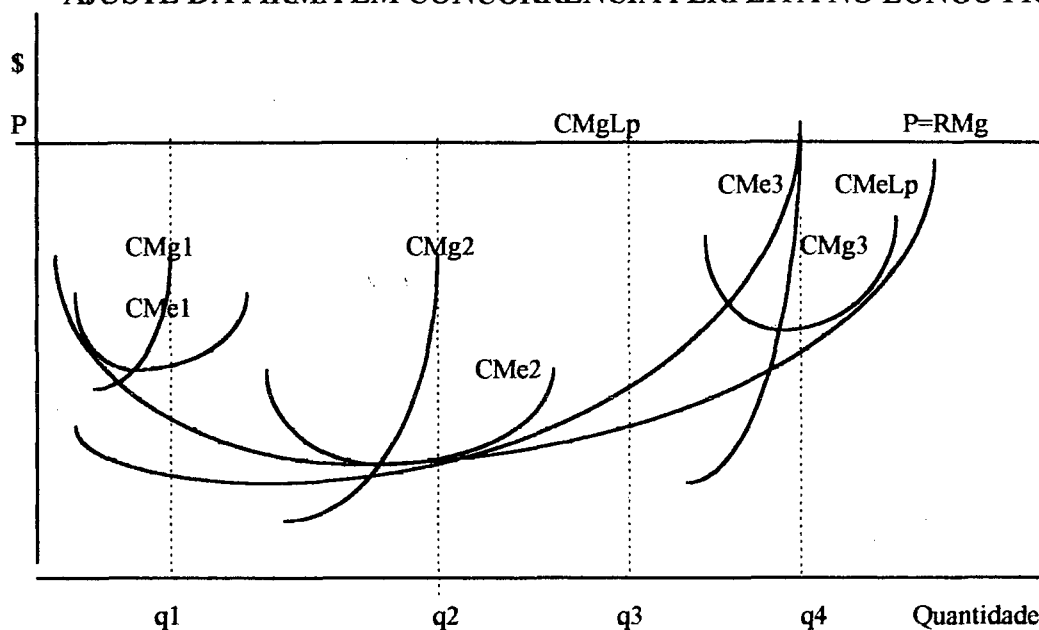


Figura 17

Com a entrada de novas firmas e a busca de maximização do lucro, por fim, estariam, as firmas, a operarem em escala ótima caracterizada pelo ponto A na Figura 18.

EQUILÍBRIO DA FIRMA EM CONCORRÊNCIA PERFEITA NO LONGO PRAZO

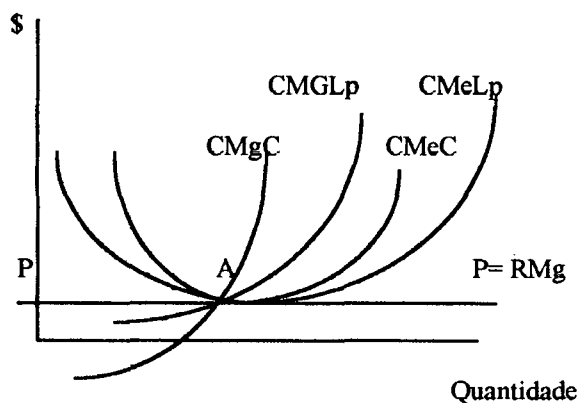


Figura 18

1.6.2 A TEORIA DOS PREÇOS SOB MONOPÓLIO PURO

No monopólio puro, uma única empresa atua, com grande influência na formação dos preços, ofertando produto sem substitutos próximos e satisfatórios bem como utilizando de expedientes extra-preço para salvaguardar sua imagem e posição no mercado. Na estrutura

monopolística, é impossível o ingresso de novos concorrentes; fato que, ocorrendo, leva à extinção do monopólio. Basicamente, a estipulação de preços, em monopólio, é limitada pela concorrência indireta de possíveis bens substitutos, pela intenção dos consumidores em pagar para adquirir bens e serviços - demanda - e pela ameaça de concorrência potencial em função dos lucros de monopólio.

A Curva de Demanda de um monopólio é a mesma curva de demanda do mercado que, com exceção do bem de Giffen - inferior - tem inclinação negativa e, conseqüentemente, verifica-se uma curva de *custo marginal* também negativa. Dado determinado preço para venda do produto em mercado monopolístico, a *receita marginal*, sempre, ser-lhe-á menor em uma proporção que é definida pela *elasticidade-preço da demanda*. Na Figura 19, pode ser verificado que, na medida em que a *receita total* - *RT* - aumenta, a *receita marginal* - *RMg* - decresce até atingir o valor zero - ponto de máxima da *RT*.

No caso do monopólio a curto prazo, no ponto em que $RMg = CMg$, tem-se fixada a quantidade ótima maximizadora de mercado - *s*. Sendo este ponto - *s* - representativo de um valor inferior ao que poderia ser pago pelos consumidores - *curva de demanda D* - o preço praticado no mercado em que é negociada a quantidade - *q* - será - *p* - maior que - *c* -, onde *p* é o *Preço* e *c* é o *custo marginal*, refletido, o primeiro, na *curva de demanda*, conforme visto, na Figura 20.

RELAÇÃO DEMANDA-RECEITA MARGINAL E RECEITA TOTAL

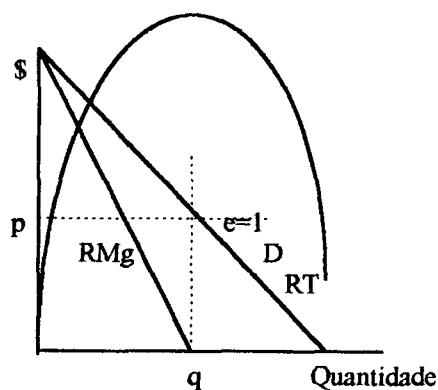


Figura 19

EQUILÍBRIO A CURTO PRAZO SOB MONOPÓLIO

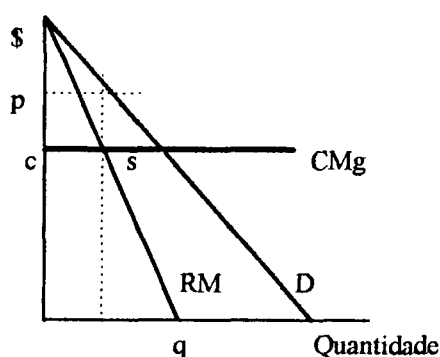


Figura 20

Nas Figuras 21 e 22, são apresentadas duas possíveis variações no mercado monopolístico. Uma variação, nos custos, verificada na Figura 21 de CMg para CMG' pode levar à possibilidade de diminuição de preços com o aumento da produção de *q* para *q'*

incrementando a *receita total* - *RT* - Figura 21 - até o seu ponto de máxima quando $Rmg = 0$ - Figura 19-

Já, na Figura 22, observa-se que, em função da mudança da *curva de demanda* de *D* para *D'*, não se alterou o preço - *p* - pois, com a maior inelasticidade da *curva de demanda*, o consumidor tornou-se menos sensível ao produto ocorrendo uma diminuição das quantidades do bem em todos os níveis de preço devendo-se, pois, operar no ponto que maximize a *receita total* - *RT* - conforme visto antes da mudança. É de se observar, no entanto, que na análise apresentada quanto ao monopólio estão sendo, os custos, considerados constantes; caso não o sejam, dada uma alteração na *curva de demanda*, ocorrerá, conseqüentemente, alteração nos *preços de monopólio* pois, em diversos níveis de produção, são verificados respectivos *custos totais, médios e marginais* distintos.

VARIAÇÃO DOS CUSTOS EM MONOPÓLIO

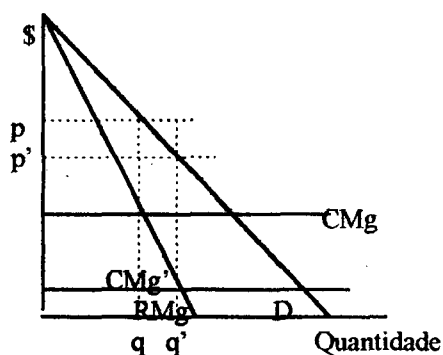


Figura 21

VARIAÇÃO DA DEMANDA EM MONOPÓLIO

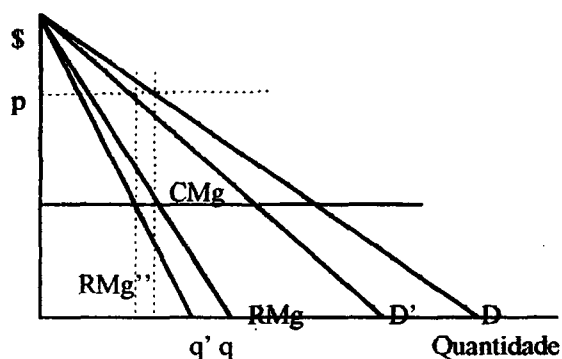


Figura 22

É importante frisar que os monopolistas atuarão, no mercado, até o ponto em que a elasticidade da *curva de demanda* - *e* - seja unitária, pois, a partir deste ponto, a *receita marginal* *Rmg* é negativa - Figura 19. As vendas serão expandidas tanto quanto a *receita total* - *RT* esteja sendo maximizada em relação ao *custo total* - *CT* e estacionarão na quantidade ótima inerente àquela em que a venda de mais uma unidade incrementa o *custo total* - *CT* mais do que a *receita total* - *RT*. Assim, diminuindo os *custos totais*, diminuem os preços e aumenta a produção Figura 21 e, se a demanda diminui, constantes os custos, permanece o preço antes praticado uma vez que se consegue maximizar resultados no novo ponto de igualdade entre *RMg* e *CMg*, embora, com quantidades de venda menores em função da alteração do gosto do consumidor. O mesmo não ocorre se os custos forem, como de fato, no mundo real, são inconstantes; quando, então o preço de monopólio ótimo mudará.

O monopólio acarreta, segundo visto, consequências diversas em termos econômico-sociais. Representa um nível de produção menor do que aquele praticado em concorrência perfeita, forçando o excedente de consumidores a adquirir produtos substitutos a preços mais caros do que seriam adquiridos em condições normais de mercado levando, por fim, a um desperdício social.

Outra possibilidade em termos de ação monopolística é a discriminação de mercados em que, evitando o expediente da arbitragem⁷⁷, o monopolista pratica diferentes preços em distintos mercados.

Se casos existem em que a prática monopolística seja aconselhável, como verificável em alguns monopólios estatais ou, mesmo privados, em que a grande quantidade de capitais exigida e os altos custos justificam as dificuldades de entrada no mercado de novos concorrentes, grande preocupação resta ao Estado em determinar expedientes antitruste para lidar com a concentração abusiva do poder econômico. A partir dos anos trinta, com a verificação da inoperância da *mão invisível* Smithiana na resolução dos problemas de mercado e em razão do Estado Intervencionista, delineou-se, todo um aparato jurídico delimitado pelo chamado Direito Econômico, que, dentre outras situações, precipuamente preocupou-se em ordenar a atividade econômica de forma a evitar a concentração monopolística tendente a prejudicar o processo econômico.

1.6.3 A TEORIA DOS PREÇOS SOB A CONCORRÊNCIA MONOPOLÍSTICA

Concorrência Monopolística é a organização de mercado que pressupõe grande número de empresas atuando com produtos similares - substitutivos, diferenciados ou protegidos por patentes, geralmente, sendo, o mercado, disputado através de expedientes outros que não somente o de preço; tais como, a prestação de serviços exclusivos e de facilidades ao cliente, expedientes promocionais e o próprio registro de marcas e patentes, ainda destacando-se a facilidade de entrada de novos concorrentes no mercado.

Entre os anos vinte e trinta, percebeu-se, no mundo acadêmico, uma reação quanto a análise extremista entre os modelos puros de concorrência perfeita e monopólio puro,

⁷⁷ Aqui, arbitragem é a prática da compra de mercadorias de um monopolista que pratica a discriminação de mercado, revendendo-as por um preço superior ao praticado no mercado em que foram compradas e, no máximo, igual ao do mercado em que o monopolista pratica o preço mais alto.

destacando-se os trabalhos de Joan Robinson⁷⁸ e Edward Chamberlin⁷⁹ a respeito. Em função de existirem bens substitutos para grande parte dos bens monopolizados e não existirem muitos bens totalmente homogêneos entre os produtores em concorrência perfeita passou-se a pensar em situações intermédias.

A *curva de demanda*, pois, de uma empresa atuando em *concorrência monopolística* fica a meio termo entre as formas puras de estruturas de mercado citadas apresentando-se, assim, mais elástica que a curva com que depara-se a empresa monopolística não chegando, porém, à perfeita elasticidade da *curva de demanda* do mercado de *concorrência perfeita*.

Segundo C. E. Ferguson, *os aspectos do bem-estar social da concorrência monopolística são ambíguos*⁸⁰ uma vez que, em termos sociais, as firmas produzem menos do que seria o ótimo em concorrência perfeita e mais do que o fariam em monopólio.

1.6.4 A TEORIA DOS PREÇOS NOS MERCADOS DE OLIGOPÓLIO

Oligopólio é caracterizado como estrutura de mercado em que pequeno número de empresas atua de forma sensível aos consumidores, oferecendo produtos padronizados - homogêneos ou não, assim como influenciando ou não na formação dos preços de forma *agressiva* conforme o estabelecimento de conluios e cartéis, recorrendo à concorrência extra-preço, principalmente, quando da ocorrência de diferenciação do produto. No *oligopólio* existem obstáculos para a entrada de novas firmas.

Trata-se de um posicionamento intermediário aos anteriormente estudados em que é de grande interesse observar o comportamento dos poucos produtores que, se não agindo como únicos donos do mercado - monopólio - também, não chegam a atuar em verdadeira concorrência quer perfeita ou monopolística. A questão toma uma *tonalidade* mais forte quando abordada a atuação de referidos produtores em conjunto e de forma interdependente de maneira a que a política de ação de um produtor reflita sobre os demais.

Para fins deste trabalho e, em função da necessidade de diversos volumes para uma mais completa explanação, faça-se constar que pode ser abordada, a questão, inicialmente, tratando-

⁷⁸ JOAN ROBINSON. *The Economics of Imperfect Competition*. Londres: Macmillan & Co Ltda. 1933.

⁷⁹ E. H. CHAMBERLIN. *The Theory of Monopolistic Competition*. 6 ed. Cambridge, Massachussets : Harvard Universit Press. 1950.

⁸⁰ FERGUSON. C.E. *Microeconomia*. Op. cit. p. 366.

se do problema do duopólio de forma clássica em que, com exceção da apreciação de Chamberlin, parte-se do pressuposto de uma ação interdependente mas, independente, dos empresários⁸¹, conforme A. A. Cournot, F. Y. Edgeworth, Harold Hotelling, o próprio E.H. Chamberlin, Paul Sweezy, John Von Neumann e Oskar Morgenstern; posteriormente, abordando-se soluções de mercado que consideram a ação conjunta dos produtores.

Uma das formas que os empresários encontram de atuar em conjunto, no mercado, é a dos cartéis, principalmente, fixando preços e dividindo referido mercado de forma a limitar a concorrência. Em relação à maximização dos lucros, intenta-se a maior diferença possível entre as *receitas totais* - *RT* e o somatório dos *custos totais* - *CT*, de forma a ser praticado o preço de monopólio; por outro lado, em relação à divisão de mercado, é possível referir a duas formas: a concorrência extra-preço e a estipulação de quotas.

A cartelização dos mercados tem sido uma das maiores preocupações do Direito Econômico enquanto instrumento jurídico próprio para a estipulação das regras de ordenamento da ação estatal no disciplinamento das relações econômicas. Os cartéis distorcem as intenções de mercado levando a abusos do poder econômico injustificáveis frente ao sacrifício social.

Reconhecendo-se a exigüidade do espaço para maiores especificações sobre o assunto, alerte-se quanto a importância de se ter em mente as premissas e modelos teóricos delineados uma vez que a LaE está estruturada segundo a racionalização de um desejado estado ideal de concorrência perfeita de forma a determinar ao Direito a função de corrigir os desvios sociais também advindos de estruturas de mercado que incorram em custos sociais injustificáveis segundo critérios eficientistas.

Embora seja inconveniente, para fins deste trabalho, desenvolver toda uma teoria sobre os pressupostos econômicos, resta, entretanto, determinar alguns delineamentos, ainda que rudimentares, sobre os principais pontos que podem suscitar alguma aplicabilidade quando da utilização da LaE instrumentalizando o leitor para uma futura pesquisa. Resta, pois, serem estipuladas algumas idéias dos economistas sobre a relação custo/benefício com que, tão quotidianamente, o homem se depara. Ainda, com fins de estímulo ao estudo do tema, questione-se de um veiculado parecer de um Promotor Público gaúcho que teria sugerido o não fornecimento de remédios por parte do Estado a um doente portador do vírus HIV alegando, dentre outras razões, o alto custo do tratamento e o fato da inexorável morte do

⁸¹ Para maiores informações remete-se o leitor a obra FERGUSON, C.E. *Microeconomia*.. Op. cit. pp. 369-406.

peticionário. Não se está, neste caso, a intentar uma aproximação econômica do Direito no que diz respeito a destituir um direito constitucional de saúde de um cidadão em função da manutenção, por exemplo, do, também, direito constitucional de saúde de tantos outros cidadãos que, possivelmente possam utilizar melhor os recursos disputados, judicialmente, no tratamento de doenças outras cujas expectativas de sucesso na cura sejam mais positivas?

Na abordagem de referido caso, não se está a fazer juízo de valor moral em termos de ser justo ou injusto condenar o cidadão portador do vírus HIV à morte. Para o jurista-economista; resta lembrar que os recursos são escassos e que, se realmente cabe ao Estado atender a um caso pleiteado, por questão de justiça, cabe fazê-lo a todos os demais casos possivelmente existentes. Fica patente a necessidade de repensar este direito de cunho iminentemente individual consagrado e inflexível porque, afinal de contas, se foi nobre para o legislador determiná-lo como aspiração a um mundo perfeito, foi ingênuo pensá-lo em termos de um País carente de recursos.

1.7 DA ANÁLISE CUSTO/BENEFÍCIO

Quando se fala em análise custo/benefício pressupõem-se algumas considerações. Em primeiro lugar fica implícito na própria estrutura da análise, como de resto, em toda a economia que existe escassez de recursos e, que ao serem, estes, utilizados em projetos determinados, passa a ser impossível, por consequência, seu uso em variados outros empreendimentos possíveis.

Outro fato a evidenciar é que, em uma economia de mercado, apesar da liberdade individual inerente ao sistema econômico capitalista, as possibilidades de escolha, pelo menos em termos teórico-científicos, são indicadas por um derradeiro critério de maximização dos resultados. O curioso é que, embora observada a liberdade político-econômico-social, identifica-se um fortíssimo e imperante critério de escolha econômica uma vez que, para sobreviver no sistema, o agente tem de ser eficiente o que torna sua liberdade de decisão restrita a um único critério racional: a eficiência⁸².

⁸² Uma observação particularmente referida ao curso das decisões econômicas pode ser realizada a partir do fato da comparação entre os sistemas livres e dirigidos da economia. Nos países cuja economia é centralizada existiriam melhores condições de direcionamento da evolução econômica, sendo indicadas, através de um órgão planejador, as prioridades a serem alcançadas; entretanto, o problema, neste caso, está em ser obtido um real quadro de informações sobre o ambiente econômico para a tomada de decisões.

De outro lado, no sistema capitalista, a liberdade de empresa manifesta-se, observando-se, também, uma indicação de mercado que, de certa forma, dita o atuar dos agentes. Em mercado, para a sobrevivência dos empreendimentos, necessário é agir conforme suas regras, ou seja,

Ao fazer a análise custo/benefício se está a agir técnico-racionalmente sopesando todas as possíveis variáveis a influenciar no sucesso de um empreendimento, geralmente, em termos monetários, comparando o retorno esperado, também avaliado monetariamente e considerado no tempo. Tais variáveis envolvem desde os custos materiais fixos inerentes aos fatores de produção envolvidos - natureza, capital, trabalho e iniciativa empresarial - e variáveis como energia utilizada, matéria prima, serviços variados e tecnologia; até à consideração do possível lucro em função de mercado, vendas e *marketing*, tempo e taxa de retorno do investimento.

Ao proceder economicamente, parte-se do pressuposto de que, incrementando a eficiência, aumenta-se a riqueza, o que, necessariamente não leva à equidade já que, é real e

principalmente, maximizando interesses, sob pena de exclusão. No que diz respeito à sua dirigibilidade, a partir dos anos trinta, o intervencionismo estatal passou a influenciar, sobremaneira, a decisão privada e os rumos da economia como um todo.

O estudante de economia, geralmente, percebe que, no primeiro sistema, o argumento de autoridade é elemento facilitador da decisão econômica que, no entanto, pode ser equivocada pela falta de um seguro instrumento indicador de eficiência, levando a implementação de projetos não satisfatórios. No segundo caso, se há liberdade para agir ou não em mercado, uma vez feita a escolha, verifica-se a imposição da regra da eficiência que exclui os não aptos ou competitivos. Em relação à indicação dos rumos econômicos, resta, ao Estado, manipular alguns instrumentos que lhe estejam disponíveis tais como política fiscal, monetária e cambial, além de possibilidade de planificação indicativa da atividade econômica que tem, como balizador das atividades econômicas a serem implementadas, o preço de mercado e a busca do lucro e eficiência. Parece, salvo melhor juízo, que, em última análise, resta, à sociedade, a ditadura da eficiência. Uma vez em mercado, não há como operar de outra forma, pelo menos, a longo prazo.

Alguém poderia alegar que não existe, portanto, democracia ou real liberdade econômica no sistema capitalista, na medida em que se verifica relação de poder entre as partes envolvidas no mercado, a desfavorecer um ou outro setor. Tem-se que alertar que, ao trabalhar o tema, pelo menos em nível acadêmico-científico, é necessário abstrair a ponto de verificar o sistema, inicialmente, em sua posição originária perfeita, a fim de, posteriormente, inserirem-se-lhe condições outras que levem à análise de suas imperfeições. Em mercado, ora pode haver deficiência na postura negocial do consumidor, ora do produtor e, ainda, pode o Estado não apresentar ação reguladora ou economicamente agencial frutífera e adequada.

A primeira observação, a partir do exposto, é que, se verificada a implementação de um processo de escolha político-democrático e, a partir deste, também verificada a implementação de uma economia de mercado, não há de falar-se em imposição do sistema, pois conhecidas são suas regras. Ninguém pode alegar ingenuidade quanto às premissas que lhe são básicas. Outra coisa, é verificar que neste sistema predomina, taxativamente, a lei de eficiência que, assim, determina racionalmente a decisão. Cabem, aqui, algumas palavras.

Alguns pensadores, hodiernamente, defendem a possibilidade de, em uma interação democrático-social, implementarem-se decisões. No Brasil, por exemplo, tem-se no governo de alguns Estados, a chamada Administração Popular onde, em tese, através de um processo democrático, votam-se projetos. Desta forma, o papel do economista é indicativo das possibilidades. Por outro lado, os governos, de maneira geral, podem optar, política ou tecnicamente, por seus projetos. No primeiro caso, ainda, o economista, atua a indicar; no segundo, decide técnico-burocraticamente.

O fato, entretanto, é que a decisão democrática ou política que não adere ao critério economicista não traduz um real e adequado aproveitamento de escassos recursos e não condiz com outra premissa econômica: a racionalidade das escolhas. O alerta, então, se faz no sentido de que, ao escolherem-se as regras de mercado como linha de ação político-econômica, qualquer decisão não eficientista leva a um crescimento econômico de menor envergadura o que, talvez, seja a opção parcial de alguns agentes que tenham, em mente, outros valores de decisão como, por exemplo, a equidade, aspectos emotivos, políticos, pessoais, etc.

Deve-se, no entanto, ter, em mente, a cruel e taxativa realidade de que, inserido em regras de mercado internacional, o País, no caso, o Brasil, tem de adaptar-se às mesmas, sob pena de esvaírem-se suas riquezas pela ineficiência. Assim, é obrigação ou questão de justiça, denunciar que, enquanto as grandes potências *jogam* as regras do mercado até suas últimas consequências, países menos favorecidos titubeiam entre a eficiência e a liberdade de opiniões. Não se está, pois, a apologizar a ditadura do mercado, mas, simplesmente a abrir os olhos dos inocentes que acham possível jogar xadrez com regras simples de um jogo de damas. O resultado, obviamente, é nefasto.

Lembre-se de um a análise feita por um amigo: Dizia, Milton, que o fato de *alguém filho de um profissional, por exemplo, da medicina, recusar-se, rebeldemente e sem justificativa racional, a seguir o caminho do pai na profissão, é coisa de terceiro mundo - de pobre mesmo - dizia, ainda, nos Países desenvolvidos, geralmente, o filho segue o caminho do pai e cresce de onde ele parou.*

Ora, analise-se que, em seguindo o caminho do pai, o filho teria toda uma estrutura montada - biblioteca, auxílio técnico-pedagógico, inserção na comunidade médica, etc., ao passo que, em optando pela advocacia, restar-lhe-ia a difícil, embora não impossível, tarefa de um início.

Feitas as devidas considerações e eliminando a radicalidade do exemplo, fica evidente uma lição: não é porque o dito filho escolheu ser advogado que a vida levar-lhe-á à eficiência e à vitória material, embora, talvez, o leve à possível satisfação emocional, social, pessoal, etc.

Alguém pode, então, questionar: Será que os valores obtidos em função da escolha divergente entre pai e filho não traduzem, por fim, o ideal democrático e a vitória de ambos?

Responde-se, *a priori*, que, aparentemente, sim, obtém-se uma vitória pessoal, que, não necessariamente corresponde ao resultado máximo em termos materiais nem para o indivíduo e, por consequência, nem para o grupo social. Ainda resta observar que o intento do dito filho levou-o a uma possível vitória como afirmado. Justifica-se o possível, com outra pergunta:

Será que não fazia parte da referida vitória vencer materialmente?

E o crítico, então, novamente argui: Quem disse que ele o rebelde, não pode vencer com sua inovadora opção, inclusive por estar nas regras da liberdade de mercado que podem indicar este novo caminho como eficiente?

Responde-se, derradeiramente, que isto é possível, mas, em assim procedendo, o rebelde já não mais existe, ele maximizou ao analisar a relação custo/benefício de toda a estrutura que tinha na opção da medicina e todo o possível ganho a partir de sua escolha tão somente porque o mercado premia a eficiência.

natural⁸³, a desigualdade.⁸⁴

A análise econômica ao comparar as diversas possibilidades de um dado projeto, o faz, pois, com outras possíveis alternativas, intentando uma racional e compensadora escolha em termos materiais. Tal decisão pode ser tomada no nível do indivíduo, das unidades familiares e mesmo do Estado.

Adam Smith falava de uma mão invisível que levaria o mercado a funcionar em condições de perfeição; entretanto, detectou-se que existem variadas incógnitas que podem distorcer o ideal fluxo de mercado. No meio econômico, denominam-se externalidades essas incógnitas. Fatores como a falta de informação, custos impostos a terceiros pela atividade, indisponibilidade no tempo, riscos⁸⁵ e outros podem causar sérios problemas que, inclusive,

⁸³ A naturalidade da desigualdade, aqui, é apresentada, segundo o atual estado de evolução do ser humano enquanto ser vivente no planeta terra. O que não impede um questionamento filosófico sobre a possibilidade de, em um nível metafísico, haver aspiração igualitária. Parece, mesmo, intuitivamente, que este é o destino do homem e que uma vez alcançado, dispensará, já no nível prático, qualquer discussão sobre Direito, Economia ou outra preocupação semelhante uma vez que, em igualdade, nada restará a preocupar o homem.

Seria, este, o momento Aristotélico da contemplação em meio ao derradeiro bem universal último de felicidade? Seria o estado de perfeição? Parece que se assim o é, entretanto, indefinível é o alcançar de tal estado, pois, a impulsionar o homem está a infinitude do progresso. Pode-se, no entanto, expressar o desejo imane, sim, de um comportamento voltado para este caminho de progresso infinito onde, já maduros e experientes, os homens, conjunta e humanitariamente, possam, mais facilmente, trilharem seus destinos infinitos.

⁸⁴ Enquanto a Ciência Econômica parte do pressuposto da desigualdade, no Direito pode ser intuída uma justiça que almeja a equidade. Seja em estado de natureza, seja em sociedade e, mesmo que utopicamente igualadas as condições de todos os homens, restam, eles, diferenciados, após algum tempo. É da natureza humana a diferença, pois, cada qual, tem suas aptidões que, no tempo, podem ser aprimoradas ou esquecidas, como também podem ser recebidas e/ou transmitidas através de influências para outros seres humanos, incorporando-se-lhes, assim, novas técnicas e repassando-se-lhes outras.

Não há um conflito real, ou, por outra, é aparente o conflito entre Economia e Direito; se analisada a questão em função, da primeira, buscar a criação eficiente da riqueza; enquanto, ao segundo, restar garantir a segurança jurídica e a equidade das relações que não foram previamente determinadas pelo próprio Direito.

Cabe uma observação. Não se está partindo de um Direito, possivelmente, idealizado como justiça ou ideal público metajurídico e, mesmo que assim o fosse, ainda restaria contextualizar este Direito em termos reais.

O Direito, então, pode ser analisado, como ciência formal Kelseniana que afasta o conceito de justiça e delinea toda uma lógica técnica-formal onde verifica-se o *império da lei*, no caso da *Civil Law*. Posteriormente, agregando-lhe, já dentro do Fórum ou nas Câmaras Legislativas, algum critério de justiça, segundo juízos valorativos, vontade política ou até mesmo critérios eficientistas, passa, este Direito, a servir uma comunidade de forma equitativa mantendo o *status quo* e, se vale a máxima inerente à justiça de tratar com diferença aos desiguais, não se está, ainda, advogando, para o Direito, a prerrogativa de tal como no ideal Cristão, possibilitar uma tal redistribuição da riqueza de forma a tornar equitativos os bens de todos em uma comunhão altruísta. Muito pelo contrário, o Direito posto, a partir do amadurecimento do capitalismo na idade média, inclusive, através da consolidação do Estado-nação, reflete a manutenção das desigualdades, ainda que, como hodiernamente, seja possível verificar indelével intento de uma função social para este Direito.

A função social do Direito, a partir do sistema econômico capitalista, pode ser vista como uma possibilidade, dentro do próprio sistema econômico-jurídico, de reestruturação econômico-social a impedir que as tensões levem à ruína do próprio sistema. Assim, indiretamente, mantém-se a estrutura e, diretamente, implementam-se novas inserções no sistema ao desarticularem-se custos e ineficiências causados pelos desvalidos e despossuídos.

Um exemplo de tal racionalidade, pode ser apreciado a partir da observação da vida na sociedade carioca dos anos 95 e 96 no Brasil. O poderio da marginalidade das drogas e, inclusive, os desmandos éticos do institucionalizado - lembrem-se as chacinas de Vigário Geral, os excessos do aparelho policial na Cidade de Deus e, mesmo, em São Paulo, a atuação da polícia de Diadema - levam a um estado de insegurança tal que já não existem condições para subsistência do próprio sistema. Neste ponto de evolução dos fatos; por exemplo, as janelas dos incluídos são adornadas com grades de ferro e sua liberdade tolhida, a ponto de, por ordem de um traficante de drogas, o comércio local não funcionar ou fechar. Fica, assim, evidente a inviabilidade e o estrangulamento do sistema.

Outro fato a observar é que o aumento da criminalidade já não está determinado pela má formação moral do infrator, mas pela fome, e pelo desemprego - doença necessária quando controlada, na ótica do atual estágio do capitalismo.

Neste estado de subversão da ordem, resta ao sistema, e inclusive ao Direito, intentar um reequilíbrio. Curiosamente, então, dentro de sua lógica de subsistência, o próprio sistema se põe a serviço dos desvalidos ao promover educação, saúde, função social distributiva de renda por parte do Estado, função social do Direito, etc.

Alguém pode, acusar, no exposto, uma crítica destrutiva. É um equívoco, pois, na lógica economicista ocidental - capital-liberal, há um ponto no espaço gráfico chamado de equilíbrio onde, pelo menos em nível teórico, existe o sonhado equilíbrio. Talvez, ali, o desemprego não precisasse ocorrer e as intenções de mercado levariam a um bem-estar coletivo. Outro sistema possivelmente também chegaria ao mesmo resultado. Parece, então, que, dadas as peças e o tabuleiro do jogo, a questão não está na substituição das regras e da técnica, necessariamente, mas na educação dos jogadores enquanto agentes morais.

⁸⁵ Exemplo da falta de informação é visto na intenção do consumidor em adquirir uma televisão quando desconhece todos os preços praticados na totalidade das lojas de sua cidade, e pelo menos em uma abstração teórica, em todas as lojas de eletrodomésticos do seu País. Ao

comprometam a funcionalidade do sistema. Resta, então, analisarem-se todas as possibilidades de forma que quanto mais informações/ dados sejam incorporados ao cálculo, mais precisa seja a orientação para a decisão.

Os governos também assim raciocinam quando implementando políticas econômicas. Assim, por exemplo, são tomadas decisões para construção de usinas, estradas, colégios, etc. Muitas vezes este é o raciocínio do agente individual, até mesmo, quando busca o Direito instituído.

No caso do Direito do Trabalho Brasileiro, por exemplo, ao procurar o Judiciário, primeiramente, as partes ponderam se é conveniente o incômodo e a tensão do processo em relação ao possível retorno da causa. Já em juízo, as partes, inclusive, institucionalmente, podem barganhar. O resultado traduz, quando não decidindo o Estado, através de seu representante - juiz - um acordo a refletir preços de mercado em que as partes, geralmente, cedem até um equilíbrio que não, necessariamente, traduz o ideal de justiça equitativo em termos de reparação total do justamente solicitado; mas, que, sob uma ótica pragmática eficientista, traduz, sim, por fim, justiça.⁸⁶

Se a análise econômica de custos e benefícios não considera critérios distributivos e, preconizando maiores lucros para um grupo, submete outro a carências, por outro lado, a distribuição regressiva leva a maiores injustiças em termos materiais. Assim, devem ser considerados critérios progressistas de distribuição que não levem à estagnação ou inoperância da atividade econômica. Tornam-se úteis critérios de eficiência como os de Pareto e Kaldor-Hicks, além de programas ou políticas distributivos a serem, cautelosamente, implementados pelo Estado já que, infelizmente, não podem ser computados, no cálculo utilitário, questões particulares não avaliáveis, dentro do instrumental metódico disponível, como aquelas

procurar em duas ou três lojas, dito consumidor adquire um produto, vindo a descobrir, em outra loja, produto idêntico a preço de mercado inferior.

Custos impostos pela atividade foram referidos acima no exemplo da fábrica e da viúva que tem sua roupa lavada, no varal, prejudicada pela fuligem emitida pela fábrica.

Em relação ao tempo, muitas vezes, pela indisponibilidade momentânea de um produto na praça, incorre-se em maiores custos como, por exemplo, a possibilidade de utilização do tempo perdido na busca deste produto em outras praças ou mesmo dos custos de transporte e frete adicionais, etc.

⁸⁶ Não raras vezes, quando presente e atuante, o Estado se mostra ineficiente. Se, no exemplo dado, o Juiz determinasse, por fim, uma sentença, esta poderia estar equivocada levando a parte perdedora a um custo elevado e insuportável. A isto, pode ser contra-argumentado a possibilidade de recurso judicial; apresenta-se então, uma segunda análise.

Justa, em termos equitativos e restauradores do *status quo* individual lesado, a decisão judicial, em primeira ou segunda instância, pode, ainda, condenar a tal valor, absurdamente concebível dentro das possibilidades do perdedor que reste, então, a drástica e, não incomum, ineficiente execução de ativos. A partir disto restou a insatisfação das duas partes. Uma porque não foi cabalmente ressarcida, outra porque já não mais existe enquanto agente econômico ou por ter ficado de tal forma lesada que já não é mais operante. Ao Estado não restou nada a não ser um custo processual e a sua incompetência em solucionar o conflito social.

É de lembrar, também, que, com esta intervenção ineficiente, restou ainda um prejuízo social. Para quem estava ligado economicamente às partes envolvidas na lide. No caso de ser perdedor, o funcionário, sofre, *prima facie*, sua família; no caso da empresa, sofrem todos os agentes que com ela interagem interna e externamente desde funcionários até fornecedores, consumidores, etc.

Tal fato é verificável nos demais ramos do Direito em termos de *Civil Law* Brasileira. Parece, então, que o Direito lógico-formal, neste caso, apresenta-se estritamente individualista desconsiderando as injunções de uma etapa evolutiva social em função de códigos antiquados.

inerentes ao mérito social.

Basicamente, a análise custo/benefício objetivará a internalização dos custos externos considerando, para tanto, como instrumento de medida o valor de mercado ou, na falta deste, o *preço-sombra*⁸⁷ obtido a partir da apreciação do valor, fora de mercado. Quanto à questão das incertezas a serem consideradas no cálculo de decisão, a Teoria Econômica apresenta o que é denominado Teoria dos Jogos, onde se determinam alguns métodos para diminuir a incerteza na avaliação dos projetos, de seus retornos, etc. Algumas técnicas podem ser utilizadas como, por exemplo, o chamado *jogo de duas pessoas com soma zero* em que podem ser, ainda, utilizados procedimentos denominados *maximin* e *minimax* conforme ensina E. J. Mishan⁸⁸.

Outro recurso indispensável que cabe lembrar, é o inerente ao cálculo probabilístico que intenta assimilar as possibilidades em detrimento das incertezas, restando, ainda, por fim, o cálculo estritamente utilitário.⁸⁹

O Direito, na situação em que ocorre desequilíbrio social em função da eficiência econômica passa, então, a determinar a obrigação de compensação.

Uma vez verificados os principais pressupostos desenvolvidos pela Teoria Econômica no que diz respeito a sua metodologia e objeto; sendo abordada, também, a questão da eficiência, da oferta e da demanda, do ponto de equilíbrio de mercado; além de serem observados aspectos histórico-doutrinários, é chegado o momento de desvendar os fundamentos da LaE.

No próximo capítulo intentar-se-á a análise, sob diversos aspectos, da LaE, doutrina que se utiliza da Teoria Econômica para analisar o Direito com especial atenção para, dentre outros, os seguintes tópicos: uma introdução ao tema, chamando a atenção para a importância do estudo da abordagem econômica, desmistificando-a e preparando o *espírito* do leitor para que este se desvencilhe de seu tradicional e formal *modus operandi* em relação ao Direito; tornando-o acessível ao questionamento técnico-racional que se apresenta inovador com sua não menos questionável ética; generalidades inerentes à estruturação de um repensar do Direito, aspectos históricos que ambientam a nova Teoria Econômica e o Direito em relação aos fatos passados e presentes que levam à implementação da LaE nos EUA e no Brasil, análise dos diversos enfoques do movimento da *Law and Economics* - enfoque Tradicional da

⁸⁷ Ver, no glossário, a definição de preço-sombra.

⁸⁸ MISHAN, E.J. *Análise de Custos - Benefícios : uma introdução Informal*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro : Zahar, 1976. pp. 371 e ss. Ver, também, _____. *Elementos de Análise de Custos - Benefícios*. *Op. cit.*

⁸⁹ Consultar sobre a questão do cálculo de custo/benefício e teoria dos jogos, além do já indicado, WONNACOTT, Paul e WONNACOTT, Ronald. *Economia*. *Op. cit.*, PINDYCK, Robert S. e RUBINFELD, Daniel. *Microeconomia*. *Op. cit.*

Escola de Chicago, enfoque Neo-institucional, enfoque da Eleição Pública *Public Choice*, enfoque dos Estudos da Crítica Jurídica -; análise das possibilidades da *Law and Economics*, inclusive quando da sua aplicação na *Civil Law* e seu embasamento filosófico, intentando-se fundamentação através do estudo de sua ética, da questão do utilitarismo, do pragmatismo, da filosofia economicista; além de estudarem-se seus precursores teóricos, com destaque para as teorias de G. Calabresi, de R. Coase, de R. A. Posner; como, também, buscar-se na *Common Law* explicações a respeito do Direito de Propriedade, do Direito Contratual, do Direito Econômico, da Regulação do Mercado pelo Poder Público e da Constitucionalização da *Law and Economics*.

Uma vez que o assunto é inovador e polêmico, abordá-lo sem referir à crítica é inócuo. Trabalha-se, também, no Capítulo II, a crítica de R. Dworkin, a crítica sob o enfoque Habermasiano e a crítica sob o enfoque de J. Rawls, para, por fim, conjecturar-se a respeito da *Law and Economics* e a *Civil Law*, o Direito e a norma jurídica: na *Civil Law* e a Interpretação Econômica da *Civil Law*.

Alerta-se para o fato de que, em se tratando de uma inovadora maneira de repensar o Direito, se torna imprescindível uma atitude isenta de preconceitos e atenta às aproximações técnico-rationais porventura ocorrentes.

Está-se, na verdade, a implementar, a partir daqui, um novo discurso que busca, através da Teoria Econômica, o entendimento do fenômeno social que é, também, objeto do Direito. Trata-se de ver o Direito, como instituído na sociedade, que se divide em atenções para interesses públicos e privados, intervindo não mais em busca de um ideal jurídico-formal metafísico; mas, sim, para a solução concreta do conflito social deixando em segundo plano a questão da culpabilidade ou da razão - no sentido tradicional - para adotar solução eficiente que, por fim, gera resultados individuais e globais que elevam o grau de satisfação.

Agora, já não é tão importante chegar a uma conclusão em que alguém está correto e outrem errado, em que alguém é réu e outrem vítima, em que alguém é inadimplente e outrem prejudicado; o que deve buscar, o Direito, é a persuasão das partes para que interajam conciliando-se, em nível de mercado, a fim de obterem, ambas, grau de satisfação que lhes permita otimizar sua ação em sociedade.

Aproveite-se a introdução do próximo capítulo para preparar, então, o espírito dos leitores, por ventura, não despertados para esta nova realidade de tempos de neo-liberalismo e globalização.

CAPÍTULO II A ESCOLA *LAW AND ECONOMICS*

2.1 Introdução ao Tema e Generalidades. 2.2 Aspectos Históricos. 2.3 Enfoques da *Law and Economics*. 2.3.1 O Enfoque Tradicional da Escola de Chicago. 2.3.2 O Enfoque Neo-institucional. 2.3.3 O Enfoque da Eleição Pública - *Public Choice*. 2.3.4 O Enfoque dos Estudos da Crítica Jurídica. 2.4 Das Possibilidades da *Law and Economics* e seu Embasamento Filosófico. 2.4.1 Instrumentalizar o Direito ? 2.4.2 Das Possibilidades da *Law and Economics*. 2.4.3 Embasamento Filosófico da *Law and Economics*. 2.4.3.1 Da Ética. I - Do Egoísmo. a) Do Egoísmo Psicológico. b) Do Egoísmo Racional. c) Do Egoísmo Ético. II.- Do Intuicionismo. III - Do Utilitarismo. 2.4.3.2 Do Pragmatismo. 2.4.3.3 Da Filosofia Economicista. 2.5 Os Precusores Teóricos 2.5.1 As Teorias de Calabresi. 2.5.2 As Teorias de Coase. 2.6 As Teorias de Posner (*Common Law*). 2.6.1 O Direito de Propriedade. 2.6.2 O Direito Contratual e a Responsabilização Civil. 2.6.3 Regulação do Mercado pelo Poder Público. 2.6.4 A Constituição e a *Law and Economics*. 2.7 A Crítica. 2.7.1 A Crítica de Ronald Dworkin. 2.7.2 A Crítica sob o Enfoque Habermasiano. 2.7.3 A Crítica sob o Enfoque de John Rawls. 2.8 A *Law and Economics* e a *Civil Law*.

O esforço natural de cada indivíduo no sentido de melhorar sua própria condição, quando sofrido para exercer-se com liberdade e segurança, é um princípio tão poderoso, que ele é capaz, sozinho e sem qualquer ajuda, não somente de levar a sociedade à riqueza e à prosperidade, mas de superar centenas de obstáculos impertinentes com os quais insensatez das leis humanas muitas vezes obstacula seus atos. (em inglês no original)¹

Mas é difícil proporcionar desde a adolescência uma preparação certa para a prática da excelência moral se os jovens não são criados sob leis certas; de fato, viver moderada e resolutamente não é agradável para a maioria das pessoas, especialmente quando se trata de jovens. por esta razão sua educação e suas ocupações devem ser reguladas por lei, pois elas não serão penosas se se tiverem tornado habituais. mas certamente não é bastante que desde jovens as criaturas humanas recebam a educação e os cuidados certos; já que, mesmo quando se tornarem adultas, elas terão de pôr em prática as lições recebidas e de estar habituadas a tais lições, necessitaremos também de leis para disciplinar os adultos e, falando de um modo geral, para cobrir toda a duração da vida, pois as pessoas em sua maioria obedecem mais à compulsão do que às palavras, e mais às punições do que ao sentimento daquilo que é nobilitante. É por isto que há quem pense que os legisladores devem estimular as pessoas à prática da excelência moral, e instá-las a preservar por ser nobilitante proceder assim, no pressuposto de que aquelas que progredirem moralmente pela formação de hábitos corretos continuarão fiéis a tais circunstâncias; devem ser impostas punições e penalidades às pessoas que desobedecem e são de má índole, enquanto as incorrigivelmente más devem ser definitivamente banidas. Uma pessoa boa (dizem tais estudiosos), já que ela vive com o seu espírito concentrado no que é nobilitante, submete-se às palavras, enquanto uma pessoa má, ansiosa apenas pelo prazer, só é corrigida pelo sofrimento, como uma besta de carga.²

2.1 INTRODUÇÃO AO TEMA E GENERALIDADES.

O homem, vivendo em sociedade, interage com seus outros membros de forma que seus atos refletem no viver dos demais tal como ocorre, não mal comparando, em um sistema de vasos comunicantes igual àquele que foi ensinado nas, já distantes, aulas de ciências naturais

¹ SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. Ed. Carman. 1976. v. II, p.49.

² ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*. Op. cit. pp. 207-208.

do ensino básico. No jargão jurídico, lembre-se da velha máxima: *O direito de alguém vai até onde começa o direito de outrem*. Assim, de modo geral, o homem, agindo, influi positiva ou negativamente na vida dos demais; o que, por si, já justifica a necessidade de análise dos fenômenos sociais.

Diversas são as maneiras pelas quais o homem aprecia os fenômenos que dá origem e que o cercam e, para tanto, utiliza-se de seus sentidos, idealizando, inclusive, ciências compartimentadas que analisam, segundo seus métodos, objetos tomados especificamente do mundo real, tais como a Antropologia, a Economia, o Direito, a Filosofia, dentre outras. Do mesmo modo, tão variadas são as formas pelas quais, o homem, aprecia o específico fenômeno jurídico dando-lhe fundamentação, segundo uma visão interpretativa, analítica, crítica ou filosófica. Deste modo, instrumentaliza-se a pesquisa elucidativa do Direito através mesmo de ciências outras como a Psicanálise, a Sociologia e, por que não, a Ciência Econômica ? Esta é, em verdade, riquíssima em seu conteúdo analítico dos fenômenos e, conforme ficará demonstrado, é útil como uma das possíveis maneiras de verificar-se o conteúdo jurídico de uma forma analítica e racional.

A LaE trata de uma *reconstrução* do Direito segundo *pautas e condições de racionalidade que resultam serem universais* (em espanhol no original)³. É um movimento teórico inovador que veio instrumentalizar o entendimento da teoria jurídica contemporânea, combinando a racionalidade econômica com a legitimidade e legalidade inerentes à formalidade jurídica, em atitude interdisciplinar, a despeito de apresentarem-se, já em sua origem, nos Estados Unidos da América, diferentes suportes teóricos que levaram-na à subdivisões enquanto movimento. Conseqüentemente, por exemplo, a ideologia neoliberal e mais conservadora de Posner e seus seguidores na Escola de Chicago diferencia-se dos ensinamentos de Calabresi e das idéias de diferentes pensadores que defendem compartimentações da idéia básica, segundo enfoques analíticos distintos⁴.

Fato é que, segundo a LaE, o econômico está lado a lado com o jurídico dentro de uma perspectiva de análise da fenomenologia social. Conforme palavras de Josef Köhler, a

³ Ver prólogo de Mariano Maresca in PACHECO, Pedro Mercado. *El Análisis Económico del Derecho*. Op. cit. p.13.

⁴ Andrés Roemer enumera quatro tendências da LaE a saber: a Tradicional Posneriana que ocupa-se da aplicação dos métodos econométricos e da Teoria Econômica no exame da formação das estruturas e processos jurídicos, das leis e da influência destas no meio social; a neo institucional, principalmente, representada por Oliver Williamson que busca um novo enfoque sistemático da relação existente entre direitos de propriedade e instituições; a *Public Choice* preocupada com o comportamento dos representantes e dos partidos políticos, dos votantes na seleção dos representantes e dos resultados que se apresentam em uma democracia e, finalmente, os Estudos da Crítica Jurídica que têm o papel crítico em um ataque a toda classe de formalismos e hierarquias ilegítimas, sendo rotulado de movimento de esquerda ou marxista em relação à LaE. Ver in ROEMER, Andrés. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Op. cit. p. 5 e ss.

interpretação jurídica que não releve o caráter econômico-social da fenomenologia corre o risco de se distanciar da realidade, assim como o mesmo ocorre com o Direito isolado em seu purismo formal Kelseniano. Veja-se:

(...) não pode o Direito isolar-se do ambiente em que vigora, deixar de atender às outras manifestações da vida social e econômica; e esta não há de corresponder imutavelmente às regras formuladas pelos legisladores. (...) a Hermenêutica se não pode furtar a influência do meio no sentido estrito e na acepção lata (...) nos tempos hodiernos, depois que a sociologia se elevou à altura de verdadeira ciência e os problemas econômicos conquistaram o primeiro lugar entre os fatores de evolução política. A queda da interpretação subjetiva pôs em realce os fatores sociais: prefere-se a exegese que toma o Direito uma construção consequente, lógica, orgânica, e, portanto, compatível com o bem geral. 5

O eminente mestre Carlos Maximiliano, também propõe uma interpretação do Direito que leve em conta a realidade social, e, em especial, a influência do fator econômico presente na evolução jurídica; afirmando que *as mudanças econômicas e sociais constituem o fundo e a razão de ser de toda a evolução jurídica; e o Direito é feito para traduzir em disposições positivas e imperativas toda a evolução social*.⁶

Portanto, é justificável uma aproximação da Teoria Econômica ao Direito a partir da Escola Institucionalista de Chicago que leva seu entendimento para fora das fronteiras norte-americanas. Não se pode, pois, deixar de reconhecer o crescimento dos estudos deste tema que une Direito e Economia. No Brasil, ainda incipiente, o movimento, já conta com pesquisadores tais como Fernando Limonge na Faculdade de Economia da USP, Giacomino Netto na Faculdade de Economia da UFRGS, Guiomar T. Estrella Faria na Faculdade de Direito da UFRGS, João Bosco Leopoldino da UFMG e alguns outros que, isoladamente trabalham direta ou indiretamente o tema.

Ainda é de se lembrar, que em termos de América Latina, ocorreu em junho de 1996 a 2ª Reunião da Associação Latino-Americana de Direito e Economia (*Law and Economics*) em Buenos Aires, Argentina. No evento destacaram-se, dentre outras não menos brilhantes, as idéias inovadoras do Professor Andrés Roemer; do México, assim como, o reconhecimento da necessidade de esforços na divulgação da *Law and Economics* nos Países envolvidos.

Diversos são os estudos que justificam, teoricamente, uma maior aproximação entre o Direito e a Economia⁷ como que propiciando uma análise instrumentalizadora de uma nova realidade jurídico-econômica que esteja inserida na legislação contemporânea. A máxima *Ars*

5 Apud MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.159.

6 Op. cit. pp. 159-60.

7 Importante observação feita por Schumpeter relacionando a Análise Econômica com o Direito merece ser lembrada: *La ciencia o las ciencias (en el sentido que nosotros damos a este término) cuyos temas están formados por la "ley" estatutaria o el derecho consuetudinario, la práctica legal y las técnicas legales son pertinentes a la historia del análisis económico ante todo porque, en grado considerable, los economistas han sido abogados (o, como preferimos decirlo), juristas que acostumbran aplicar los hábitos del espíritu legal al análisis de los fenómenos económicos.(...) En segundo lugar, el marco legal del proceso económico, y la influencia conformadora de cualquiera de ellos sobre el otro tienen, por decir lo menos, considerable importancia para el análisis económico. En tercer lugar, las*

suum cuique tribuere implica que toda formalidade jurídica em meio a decisões, doutrina e procedimentos tem finalidade e conteúdo econômico quando em busca do justo. Não se confunde a LaE com a simples troca de valores - justiça por eficiência econômica - mas constata-se que uma, justiça, está para a outra, eficiência, e vice - versa.

Mesmo considerando a ideologia, as premissas dos diversos enfoques e as peculiaridades dos autores pode-se chegar a um intento de conceituação da LaE. A título, pois, de conceito da Análise Econômica do Direito - LaE , podem ser identificados os seguintes:

Kuperberg e Beitz assim se expressam: *A Análise Econômica do Direito é a aplicação dos métodos econômicos de análise a problemas de interpretação jurídica.*(em inglês no original)⁸

Gary Minda entende tratar-se de uma nova metodologia para impulsionar a análise econômica do direito, sendo que, o novo, no Direito e Economia é a aplicação, por parte de seus participantes, de conceitos desenvolvidos pela teoria microeconômica e por um de seus ramos denominado *economia do bem-estar*, com fim de descrever, reformular e criticar sistematicamente quase todos os aspectos relacionados com o Direito e o sistema jurídico. Uma pretensão fundamental do novo Direito e Economia é que a totalidade do sistema jurídico pode analisar-se e reformar-se mediante a aplicação de um número relativamente pequeno de conceitos econômicos fundamentais⁹.

Santos Pastor, assim manifesta a respeito :(...)se trata del llamado 'análisis económico del derecho', una disciplina, que esencialmente consiste en aplicar principios y técnicas habituales en el análisis económico al estudio de problemas característicos del ordenamiento (sistema) jurídico.¹⁰

Por sua vez Pedro Mercado Pacheco ensina que o (...) *definitório da análise econômica do direito é a aplicação da teoria econômica na explicação do direito. Mais em concreto, é a aplicação das categorias e instrumentos teóricos da teoria microeconômica neoclássica em geral e de um de seus ramos desenvolvido neste século, a Economia do Bem-Estar, em*

raíces históricas del concepto de "ley económica" inciden dentro del concepto puramente jurídico de "ley natural" (...) En cuarto lugar, algunos economistas del siglo XIX afirmaron haberse inspirado en la escuela de jurisprudencia, al considerar históricamente el proceso económico, que se llama a si misma la "escuela histórica" cuya aparición e posición deben entenderse en forma mas completa de como usualmente hacen los economistas para poder desentrañar los elementos de verdad y de error en esa doctrina. (...) Ver in SCHUMPETER, Joseph A. *História del Análisis Económico*. Op. cit. p. 636.

⁸ KUPPERBERG, Mark e BEITZ, Charles. *Law Economics and Philosophy. A Critical Introduction with Applications to the Law of Torts*. Totowa, New Jersey : Roman and Allan Held, 1983.

⁹ Ver artigo de MINDA, Gary. *Los Movimientos del Derecho y la Economía y de los Estudios Jurídicos Críticos en el Derecho Norteamericano* in MERCURO, Nicholas. *Law and Economics*. Boston : Kluwer Academic Publishers. 1989. p.121.

¹⁰ SANTOS PASTOR, *Sistema Jurídico y Economía : Op. cit.* p. 31.

*particular, na explicação e valorização das instituições e realidades jurídicas. (em espanhol no original).*¹¹

O problema jurídico, sob o ponto de vista da LaE, é tratado não como inerente à solução que reconhece um certo e um errado juridicamente definido segundo critério político-formal estipulado em lei na *Civil Law* ou segundo a prática judicial da *Common Law*; mas, sim, como solução para atos que, embora infligindo perdas a outrem, podem ser negociados conforme transijam as partes segundo possibilidade de melhor satisfação de seus desejos e de forma a evidenciar a divergência existente ora entre priorizarem-se custos privados, ora custos sociais, dentro de uma prática de mercado.

O Direito, previamente estipulado ou quando manifestado em sentenças, influencia a distribuição da riqueza e a otimização desta. Segundo a maneira tradicional de pensá-lo, sugerem-se direitos e garantias ideais, metajurídicos, escolhidos conforme a ideologia, o sistema econômico-político-social e o espaço-tempo vigente. Ocorre, no entanto, que, segundo *movimento pendular*, tem-se trilhado caminhos extremados que ora levam ao totalitarismo, ora à democracia absoluta e posterior anarquismo; ora ao individual, ora ao social, e assim por diante. A LaE, embora não deixando de ser um discurso técnico-justificador de um senso comum teórico, como os demais, o faz implementando um único critério que, uma vez adotado, é universal, ou seja, válido em qualquer situação verificada no espaço-tempo dentro de uma perspectiva de mercado.

Acusar a LaE de tomar partido ou, mesmo, de ser fruto de um imperialismo economicista, não leva a promissor resultado. Na medida em que a realidade de mercado está posta é possível que esta seja questionada, obviamente, questionando-se, também, seus institutos e premissas; dentre as quais, a própria LaE. O fato, entretanto, é que a LaE é apresentada como realidade jurídica própria ao sistema econômico em que se vive, pelo menos em termos de ocidente, qual seja o de economia de mercado, sendo, portanto, justo apreciar sua fenomenologia segundo ótica que lhe seja própria¹².

Na LaE, os fenômenos sociais conflituais, então, passam a ser observados segundo sua natureza recíproca em que, ao serem adjudicados direitos a alguém, privam-se-os a outros e vice-versa. Assim, o critério jurídico-econômico procura a solução que menor dano cause ou, por outra, que maior benefício resulte, desconsiderando a tradicional ética moralista tradicional

¹¹ PACHECO, Pedro Mercado. *El Análisis Económico del Derecho*. Op. cit. p.27.

¹² Observa-se, no entanto, que mesmo em economias socializadas é possível apreciar o fenômeno das trocas e, inclusive, jurídico, ao serem utilizados *preços sombra* que permitem uma comparação de valores determinando-se, assim, critérios eficientes de emprego de recursos.

em função de uma ética utilitarista. O que ocorre, entretanto, é que, como dito, o Direito, ao estipular garantias e direitos individuais, muitas vezes, o faz de forma ineficiente levando ao descontentamento popular por não se ver, dessa forma, garantida a própria existência; já que, não raras vezes, assim procedendo, leva, referido instituído jurídico à injustiça. É possível, inclusive, afirmar que o Direito eficiente nem sempre é justo, no sentido equitativo de justiça, porém, a decisão não eficiente, quase sempre, é injusta.

Adianta-se, ao leitor, que a forma de convencimento e estudo proposta não é totalizante. Não se pretende, com o inovador discurso da LaE, uma legitimação da situação, do instituído ou da *ultra-direita*, mas, tão somente, instrumentalizar e redirecionar o Direito para um fim ou critério de decisão analítico-uniforme e universal. Uma das preocupações que, a primeira vista, surge, para o estudioso da LaE, está no fato da sua identificação, completa e indiscutível, com o discurso conservador. Isto não é, totalmente, verdadeiro.

Há duas formas de questionar-se um sistema. Ou enfrenta-se-o radicalmente ou combate-se-o dentro de suas próprias premissas. Se o Direito é visto como instituído juntamente com a idéia de Estado-nação para legitimar a prática capitalista-burguesa através da livre contratação e da estipulação da propriedade privada, alicerçando a ascensão e prosperidade de uma classe, hoje, incluída e possuidora em detrimento de outra excluída e desapropriada; através da LaE, torna-se instrumento de questionamento dessas arbitrariedades, evitando-se a argumentação político-jurídica em detrimento da técnica calculista.

Exemplifique-se tal possibilidade de fazer da LaE um discurso legitimador dos anseios sociais. No caso brasileiro, inúmeros atos político-jurídicos podem ser analisados de forma crítica ao sistema instituído conservador e retrógrado. Há algum tempo a reforma agrária é problema crucial no cenário político nacional. Através da LaE fica evidente a necessidade de redistribuição da terra segundo sua eficiência; o que pode, inclusive, levar a uma redistribuição da propriedade a exemplo do que apregoa a Escola dos *Property Rights*.

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal Brasileiro manifestou-se na defesa do sagrado direito individual de um cidadão, quanto ao seu sigilo bancário questionado pelas atividades de uma Comissão de Inquérito Parlamentar voltada à descoberta das falcaturas operadas com títulos públicos. Dentro do critério formal da Lei restou ao STF manifestar sua impossibilidade de ferir o interesse privado embora assumindo a possibilidade de prejudicar todos os desejos sociais - interesses coletivos - dos cidadãos honestos que viram seus esforços, enquanto contribuintes, desviados em práticas reprováveis. Seguramente, neste caso,

a LaE não escusaria o referido cidadão de tornar públicos seus movimentos bancários em nome da eficiência na alocação dos recursos questionados.

Uma outra decisão que, sob o ponto de vista da LaE seria absurda, esta ligada a uma recente condenação do Banco do Brasil em São Luiz no Maranhão de indenizar um outro cidadão em aproximadamente R\$ 255.000.000,00 devido à recusa daquela instituição em pagar um cheque de três salários mínimos emitido pelo último, alegando falta de fundos. Se é que deve ser reconhecido o direito individual do cidadão em questão, não se pode desconhecer em uma sentença o reflexo econômico da mesma sobre toda uma população correntista e que não tem, absolutamente, nada com o assunto. Fica vidente que uma decisão deste tipo favorece o interesse pessoal individual em detrimento do interesse público na medida em que, provavelmente, a imperar tal decisão, fechar-se-ão agências bancárias, despedir-se-ão funcionários e, em efeito dominó, *desaquecer-se-á* a economia local, sem falar nas consequências desastrosas que o fechamento da agência em questão causou aos clientes que podem, em decorrência de tal atitude do Estado enquanto judiciário, ter sofrido perdas financeiras em função de negócios desfeitos, pagamentos não realizados, etc. Neste caso, a LaE, além de fornecer novos parâmetros analíticos para o caso intentaria um acordo em termos de mercado aceitável e exequível para ambas as partes, inclusive salvaguardando os interesses sociais. Neste tópico, resta alertar que, o Direito Brasileiro, de maneira geral, está voltado para a solução de lides ou punição de infratores em termos individuais; sendo que, hodiernamente, verifica-se que, o Direito, reflete, com muito mais ênfase, sobre terceiros, ou mesmo, abrange número elevado de indivíduos quando de sua aplicação. As lides de efeitos coletivos são realidades para as quais os Códigos Nacionais não estão devidamente preparados, levando, inclusive, à proliferação de medidas legislativas que, não poucas vezes, criadas sob o afogadilho de casuísmos, são apresentadas defeituosas e incoerentes com o todo do sistema legal.

No Direito do Trabalho, por exemplo, a LaE, poderia escusar a falência de uma empresa em função de sua inadimplência para com o Estado em termos de contribuição previdenciária ou mesmo do pagamento de salários. Veja-se, pois, ao Direito Tradicional resta apurar culpas e punir; mesmo que com processo falimentar em que não reste aos credores a cabal satisfação de seus créditos. Para a LaE, ter-se-ia atitude distinta, procurando forma de reerguimento da empresa através de consenso entre devedores e credores uma vez que, desta forma, resultariam melhor satisfeitos os desejos dos credores que, de outra forma, não teriam quitados nem os

encargos sociais devidos nem os possivelmente vindouros; assim como, também os trabalhadores não ver-se-iam privados de seus próprios empregos; ou seja, optar-se-ia, na LaE, por uma solução conciliatória que levasse à eficiência na alocação dos recursos *sub judice* como , por exemplo, a transformação da empresa em cooperativa ou com a busca de concessão de linha de crédito especial , etc.

Também não se deixa de reconhecer que o mesmo discurso da LaE legitima o instituído desde que se faça presente nele o critério de eficiência, e, aí, obviamente, leva vantagem, no processo político-econômico, quem, há mais tempo, manipula a riqueza experientemente. De fato, quem, em 200 anos de capitalismo manipula a riqueza que a lei lhe consagra como direito adquirido deve, já, ter suficiente destreza no seu manejo quando do exercício desses direitos. Entretanto, segundo a prática que se observa, não necessariamente isso ocorre. Exemplo é a não capacidade de administração financeira; ou mesmo, possíveis desvios financeiros ocorridos no Sistema Financeiro Nacional Brasileiro em 1996, que levou o governo federal a instituir o PROER¹³. Do ponto de vista estritamente legal e tradicional a questão coloca-se em termos de descoberta de infratores e punibilidade dos mesmos inclusive permitindo a falência das instituições envolvidas; entretanto, segundo uma prática racional econômica, a questão resulta melhor apreciada segundo critério que impeça mal maior - a quebra do Sistema Financeiro Nacional como um todo; a despeito do Estado Brasileiro auxiliar, financeiramente, quem se houve com incompetência.

Outro exemplo de decisão racional-econômica em nome da governabilidade esteve no agir protelatório do próprio governo federal ao, por exemplo, sacrificar, em 1990, as poupanças individuais. A decisão tomada foi calculada na hipótese de, em sendo infringido direito de propriedade legitimamente consagrado constitucionalmente, incorrer-se em número de reclamações judiciais que, embora desfavoráveis ao próprio Governo, representaram mínimo custo em relação aos benefícios carreados aos cofres públicos com a referida medida de caráter econômico. Daquela feita, o governo *jogou* com o fator tempo e morosidade do próprio sistema judiciário que, embora dando razão e reconhecendo direitos aos particulares, serviu, imerso em sua formalidade, aos interesses do executivo.

O discurso da LaE visto por uns como metodologia analítica do Direito e, por outros, como desmascarador da própria natureza econômica do mesmo Direito, está, mais do que

¹³ PROER - Programa de Estímulo à Restruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional - Medida Provisória n° 1.182/95 que vem sendo reeditada.

nunca, presente e necessário no entendimento do Estado moderno e da prática neo-liberal globalizante. Se, em outros tempos, o Direito foi necessário para assegurar direitos de propriedade e possibilitar livre contratação levando à expansão e consolidação do capitalismo, hoje, nos moldes tradicionais, impede o próprio desenvolvimento deste. A política neo-liberalizante é ditada por um capital consolidado e multinacional para qual se tornam inapropriadas as normas que impeçam sua expansão globalizante na conquista de novos mercados - blocos econômicos. Não se está, entretanto, a fazer apologia da barbárie pois, as leis e o Estado, ainda que mínimos, são necessários, paralelamente ao *fetichismo* do mercado para fins meramente administrativos em condições de concorrência perfeita¹⁴ ou para conter os abusos de mercado e os anseios da massa popular, dando-lhe ilusão de inclusão e ordem.

Procede-se, assim, neste capítulo, a uma reconstrução histórico-descritiva das condições e idéias que permitiram a institucionalização da LaE e, ainda, uma breve análise sobre os quatro enfoques que lhe são dados; quais sejam, o tradicional da Escola de Chicago, o neo-institucional, o da *Public Choice* e os Estudos da Crítica Jurídica - EJC. Delineiam-se, então, as possibilidades da LaE; principalmente no que diz respeito à oportuna aplicação da Teoria Econômica à *civil Law*, bem como, explicitam-se idéias sobre seu embasamento filosófico arraigado no utilitarismo, no economicismo no pragmatismo e na resposta ao realismo jurídico norte-americano, ainda, propugnando-se uma ética racional utilitária para a LaE.

Em seguida, parte-se para a análise das teorias dos precursores do movimento a saber: G. Calabresi e R. Coase; apresentando, em destaque a obra de R. A. Posner, com especial ênfase para seu trabalho *Economic Analysis of Law* e, posteriormente, enumeram-se algumas das principais críticas feitas ao trabalho deste último autor, por parte de R. Dworkin e J. Rawls.

Termina-se, o Capítulo II, com uma interação entre a LaE e a *Civil Law*, como que preparando o estudo da ordem Constitucional Econômica Brasileira de 1988 à luz da LaE.

¹⁴ Ver tópico 1.6.1 no Capítulo I deste trabalho.

2.2 - ASPECTOS HISTÓRICOS

É sabido que o conhecimento, como um todo, abrange diversas *matizes* que podem ser apreciadas sob ângulo de áreas não menos distintas, dentre as quais, a econômica e a jurídica. As Ciências Econômicas e o Direito, dentro da prática cartesiana, distanciaram-se na medida em que especializou-se tal conhecimento, já no século XVIII, com o iluminismo. Os fenômenos sociais ganharam, então, uma nova maneira de serem analisados; qual seja, através dos cálculos racionais economicistas e dos ideais metafísicos e eqüitativos dos juristas.

A LaE trata de uma atitude interdisciplinar de conhecimento onde, no século XX, o homem procura na intercessão de vários métodos, especificamente, do método individual-racional-economicista e do juricista-normativista, explicar os atos sociais que lhes sejam próprios. O movimento surge na sociedade norte-americana na segunda metade do século XX e consagra-se com várias vertentes - a espalharem-se no mundo capitalista; portanto, para discorrer sobre a LaE, urge abordarem-se os aspectos históricos que envolveram a sociedade norte-americana em processo de reciclagem e amadurecimento de seus institutos jurídico-econômicos, bem como, ambientar-se seu desenvolvimento na práxis jurídico-econômica de fins do século XIX em diante.

Em termos econômicos, no final do século XIX, a sociedade norte-americana encontrava-se desenvolvida dentro de um ideal liberal capitalista neoclássico, caracterizado pela escassez, em que a concorrência perfeita possibilitava, no mercado, as transações; segundo atuassem, os agentes econômicos, de forma a maximizar suas condutas, racionalmente, em busca da satisfação individual de suas necessidades e, por consequência, almejando o máximo de bem-estar e eficiência social inerente ao equilíbrio, v. g. , de Pareto. Operava-se na suposição de que a economia se podia manter em pleno emprego conforme interesses da atividade privada capitalista.

Ocorre, entretanto, que, já em meados do século XX, observaram-se vários sintomas a contrariar os dogmas clássicos de pleno emprego tais como: dificuldades estruturais internas, preocupações de guerra - Grande Guerra Mundial de 1914 - excesso de estoques e estagnação do mercado que culminaram em implacável crise nos anos vinte chegando-se, por fim, em 1929, à quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque. Alguns autores como Jacob Viner, A. C. Pigou ou John Maynard Keynes, então, começaram a defender o combate ao desemprego mediante a ampliação da participação do Estado na economia através de obras públicas.

Abandonava-se, a vista disso, a idéia conforme a *Lei de Say Lussac* que pregava ser impossível ocorrer a *escassez de poder de compra* - demanda - no sistema econômico; justificada pelo fato de que, no sistema capitalista, o processo de produção também gera a renda - salário, juros, lucros, aluguéis,... financiando-se, pois, automaticamente, o consumo pela renda distribuída no processo produtivo. Em segunda razão, dizia Say, existindo mecanismos automáticos de mercado livre, mantinham-se corrigidos os níveis de salários, juros e preços permitindo que tudo que fosse produzido, também fosse consumido.

Em 1912, o inglês A.C. Pigou escreveu obra intitulada *Wealth and Welfare* que, levou a um segundo trabalho denominado *The Economics of Welfare*¹⁵, em 1920, em que desenvolveu sua *Teoria do bem-estar social* que revolucionou o pensamento liberal clássico. De fato, em sua obra preconizou a atuação do Estado na economia como forma de compensar os desvios de demanda que levavam ao excesso de oferta. No Brasil, lembre-se, no período de entre-guerras, das famosas e não menos drásticas soluções para manter-se o nível de preço mundial do café brasileiro ao queimarem-se ou jogarem-se no mar toneladas do produto.

Pigou definiu que, para ser alcançado o máximo bem-estar social, era imprescindível que os custos sociais, em mercado, fossem equivalentes aos benefícios sociais pois, assim, a máxima eficiência - paretiana - seria obtida; ou seja, quando o produto marginal social de cada fator produtivo fosse igual em todos os seus possíveis usos. O autor estabeleceu, dessa forma, distinções entre custos privados e custos sociais, entre produto privado e produto social, por fim, idealizando as *sentenças de mercado*, verificando que, nem sempre, ocorria, em mercado, serem, os custos sociais, iguais aos benefícios. Tal fato ocorre em função de existir diferença entre custos privados de uma determinada atividade e seus custos sociais conhecida como *deseconomia externa* ou *externalidade*. Pigou exemplificou sua teoria com o exemplo de uma fábrica poluidora que causava prejuízos aos seus vizinhos; exemplo esse, que foi, posteriormente, retomado por Coase. Na *economia do bem-estar*, o Estado, segundo Pigou, devia intervir para corrigir as deficiências de mercado ou, em outras palavras, para internalizar as externalidades.

A economia clássica do *laissez faire laissez passer* ou da *mão invisível* de Adam Smith já não era possível, pois, cabia, ao Estado, intervir na atividade econômica. Decisivamente, em 1936, surgiu o trabalho do economista inglês John Maynard Keynes intitulado *The General*

¹⁵ PIGOU, A.C. *The Economics of Welfare*. 4ª ed. 1932 ou a edição em espanhol PIGOU, A.C. *La Economía del Bienestar*. Trad. de F. Sanchez Ramos e Manuel de Torres. Madrid Aguillar, 1946.

*Theory of Employment, Interest and Money*¹⁶ que, fruto de estudos anteriores, principalmente, a partir de 1925, também o levaram a pregar a intervenção do Estado na economia como forma de ser alcançado o reequilíbrio entre oferta e demanda, uma vez que, estava provado, na prática, que aquela não sustentava e criava esta de forma automática. Era a superação do classicismo ortodoxo não intervencionista. No espaço de entre-guerras, a intervenção estatal na economia foi cada vez maior inclusive contribuindo para consolidar o ramo do Direito Econômico.

No que diz respeito ao Direito, os fatos devem ser abordados de forma menos ampla do que o é feito em relação à Economia. Enquanto a situação econômica mundial tende a manter padrão de identidade - depressões e *boons* econômicos, apresentam-se amplamente difundidos no espaço e no tempo; no Direito, se deve observar, especificamente, as características próprias de cada sociedade. Assim, conforme a tradição norte-americana, foi consagrado, no campo jurídico, a prática da *Common Law* na qual predominou o Direito Consuetudinário; levando a uma grande liberdade para os juizes no seu interpretar e *dizer* sobre o Direito. Entretanto, em fins do século XIX, verificava-se, também, nos EUA, a concepção normativa inerente ao positivismo formalista continental através dos *Statutories*.

O Direito norte-americano foi defendido como disciplina autônoma por Langdell em seu trabalho intitulado *A Selection of Cases on the Law of Contract* (1871) surgindo, a partir disto, o chamado *case method* ou *mechanical jurisprudence*. Assim, o Direito, para os estadunidenses, passa a ser inferido a partir das diversas decisões judiciais. Tratou-se, na verdade, de assumir que o trabalho judicial é um permanente revelar de um pressuposto ou princípio regulador a ser descoberto pela faina do analisar jurídico, em que a soma das descobertas, gerando uma jurisprudência ideal, é adotada a partir da observação do meio social e da apreciação dos julgados. Restou, então, à ciência jurídica, apenas legitimar esta prática em

¹⁶ John Maynard Keynes, apesar de ser divergente quanto aos argumentos de Pigou, Hayek, Robertson, Hawtrey e outros, considerados ortodoxos, acabou, como defensor da intervenção estatal, uma vez que tentou justificar o desemprego, na economia, através do estudo da demanda e ofertas agregadas. Pelo ângulo da demanda agregada, dizia que a renda era obtida em função do consumo e do investimento e que ambos, por sua vez, eram, também induzidos por esta.

O que passa, entretanto, é que, tanto investimento como consumo, ocorrem, no tempo e em função de determinantes tais como: a taxa de juros, a eficiência marginal do capital; Assim, em dado período de tempo, é possível verificar um consumo que cresce menos que proporcionalmente à renda. Quanto à oferta agregada, esta se encontra condicionada à teoria de formação de preços em que opera relação inversa entre a taxa nominal de salários e a produtividade marginal do capital.

Matematicamente pode, a renda, ser explicada conforme segue: $Y = C + I \Rightarrow Y = CY + C^o + \Delta I + I^o$ onde :

Y = Renda Agregada, C = Consumo Total, I = Investimento total, CY = Consumo induzido pela renda, C^o = Consumo autônomo, I = investimento autônomo e ΔI = variação de investimento em função da poupança.

Na versão final, o cálculo de demanda agregada é acrescentado pela participação do governo = G e do mercado externo, onde X = exportações e M = importações; conforme se vê,

$$Y = CY + C^o + I + \Delta I + G + (X - M)$$

Para maiores esclarecimentos gráficos e matemáticos, ver in PINHO, Diva Benevides. Coord. et alli. *Manual de Economia*. rev. tec. Marco Antonio Sandoval de Vasconcellos. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 1988. pp. 203-232.

um método lógico-formal. Tal visão do Direito fez surgir crítica que, por fim, resultou no movimento denominado realismo jurídico norte-americano.

Até a década de trinta, a intervenção estatal na economia de mercado era tida como exceção e predominava uma jurisprudência legal ampla, variada e não estável que foi modificada a partir de 1933 com a implantação do *New Deal* Americano e suas inúmeras intervenções legais em campos diversos, como o da moeda, dos contratos coletivos, das pensões governamentais, de política agrícola e de emprego, etc. Bruce A. Ackerman descreve a necessidade de *mapear*, em função do *New Deal* e de seu ambíguo legalismo, uma *Common Law* que representasse um novo discurso legal atendendo às necessidades de padronização e estabilidade nos julgados, em meio a *desesperados esforços para particularizar significados legais*. Ensina, ainda, o autor, que a *Common Law* foi, naquele momento, um *ramo a mais do sistema legal tripartido no qual a promulgação de leis e a prática burocrática também serviram como fontes constitucionalmente legítimas de princípios gerais*. (em espanhol no original).¹⁷ O problema, entretanto, estava em reaprender-se o discurso jurídico que, até então, não era *engessado* por leis. Questionava-se: Como conciliar a tradicional *Common Law* com as novas imposições legais do estado intervencionista ?

No afã de concatenar discursos técnico-burocráticos com a jurisprudência do discurso jurídico da *Common Law*, implementou-se, então, a abordagem metódico-realista. O Realismo Jurídico norte-americano¹⁸, intentou associar as imposições político-estatais e a liberdade jurídico-ideológica da *Common Law* dentro de uma práxis de rechaço ao *laissez faire*. Partiu para o extremismo da análise casuística concreta, em meio à atitude cética em relação à abstração dos princípios gerais do Direito tradicional e adaptação intuitiva à doutrina das políticas liberais na solução de casos individuais concretos, sem chocar frontalmente com as políticas públicas do *New Deal*.

O Realismo Jurídico norte-americano, como movimento, não se apresentou homogêneo em suas premissas, porém, podem ser enumeradas algumas conforme Llewellyn¹⁹. Para este autor, os realistas conceberam o Direito como criação judicial em permanente estado de mutação com objetivo final social; ainda, desprezando ou levando em consideração,

¹⁷ ACKERMAN, Bruce. *Del Realismo al Constructivismo Jurídico*. Op. cit. pp. 21-39.

¹⁸ Para aprofundar a pesquisa sobre o Realismo Jurídico norte-americano ver PURCELL, Edward. A. *The Rise of Legal Realism, The Crisis of Democratic Theory*, University of Kentucky Press, 1973 e HUTCHINSON, D. *History of American Legal Thought, II : The American Realists*. Escola de Direito da Universidade de Chicago, 1984.

¹⁹ LLEWELLYN, K.N.. *Some Realism about Realism*. *Harvard Law Review*, v. 44. 1931, pp. 1222 e ss.

meramente processual, a normatização de forma a serem negados os enunciados normativos como suportes de decisões jurídicas que, em verdade, passaram a ser consideradas posicionamentos *a posteriori* dos fatos e, por fim, foi desprezada a valoração do Direito em relação aos seus efeitos sociais. Portanto, ficou em destaque, para este movimento, uma desconstrução do pensamento jurídico clássico lógico-formal, passando, as normas, a serem abertas e interpretáveis em uma *Common Law* que, realisticamente, desprezou a certeza e objetividade de um Direito imutável, natural e preexistente. Observe-se que, aqui, o Direito já não assume um discurso próprio, mas apresenta influência direta no fato social; destacando-se o papel criativo do juiz que não se detém em mero *dizer neutro* sobre a lei.

Entretanto, o realismo, como afirmado, não sendo uniforme, gerou movimentos distintos tais como o extremado radicalismo desconstrutivista da lógica formal chamada *radical scepticism*, em que pugnaram autores como: Frank F. S. Cohen e H. Yntema; o movimento denominado *the cientific branch of realism ou policy-science realism*, defendido por Underhill Moore, William O. Douglas; além das idéias de K. Llewellyn defendendo a institucionalização de códigos de conduta para os protagonistas do processo judicial; verificadas, as atitudes em sociedade, a partir da análise de normas sociais, psicológicas, antropológicas e econômicas restaurando-se a idéia de uma Ciência do Direito abalada pela crítica fundamentada na arbitrariedade das decisões oriundas do movimento realista. Finalmente, seja lembrado o *constructive legal realism* ou movimento convencionalista que acreditou responder ao problema da arbitrariedade judicial inerente à doutrina realista delimitando um espaço para interpretação judicial dentro de princípios, normas e valores consagrados; desta feita, destacaram-se autores como: Owen Fiss, Charles Fried, Anthony Kronman, Ernest Weinrib, K. Llewellyn. Em um evoluir do Direito norte-americano, o construtivismo como manifestação do movimento realista jurídico dos anos trinta, acreditou, diferentemente dos realistas extremados, que a economia de mercado poderia prevalecer sobre uma economia de intervenção estatal e, que, portanto, dever-se-iam estipular princípios legais que justificassem e explicassem o intervir do Estado, sem ser, o Direito, submetido aos casuísmos do poder político-econômico. Para o convencionalismo, o Direito passou a ter sua autonomia e independência em relação aos valores e idéias que lhe eram externos como, por exemplo, a ideologia intervencionista estatal.

E de destacar que, como influência da Ciência Econômica no movimento realista da *policy - science*, semelhantemente à LaE, surgiu a chamada *jurisprudence of welfare* que, foi embasada sobre a *economia do bem-estar*. Destaquem-se duas passagens de um artigo de

A. H. Pekelis incitando o uso da realidade econômica como parâmetro da atividade jurídica:

A importância do problema do bem-estar e a necessidade de dar uma resposta inteligente e bem informada aos denominados, em inglês, problemas de política pública (Public Choice) se faz mais visível a medida em que alguém se afasta dos campos clássicos dos contratos, ou da responsabilidade civil, das leis que regulam as relações domésticas, das organizações, seguros, transações comerciais especiais ou ao direito internacional privado. Uma análise relativamente exigente dos problemas cruciais que tem de afrontar os tribunais, nestes campos, demonstra que não podem ser resolvidos por meros silogismos jurídicos, ou sem fazer uma eleição mais ou menos consciente entre políticas sociais divergentes. E não parece desejável que esta eleição seja feita, como frequentemente se faz, sem uma informação verdadeira da realidade social sobre que recai a força das medidas jurídicas, sem um conhecimento certo da direção, agudeza ou profundidade dos efeitos.

(...) É possível que estejamos no alvorecer de um novo modo de enfoque da atividade judicial, no começo do que se chamaria uma jurisprudência estimativa (*jurisprudence of welfare*). Em outras palavras, nossos juizes, que por grande tempo têm estado a delinear uma série de problemas a cerca dos cânones de interpretação, das instituições dos legisladores e das linhas das autoridades judiciais, podem estar a ponto de formular, cada vez com maior frequência a única pergunta que, em realidade, importa: Qual dentre minhas possíveis condutas - que norma jurídica - poderia servir melhor ao bem-estar geral da sociedade a qual jurei servir? E podem inclinar-se a responder a esta pergunta, franca e explicitamente, tentando contesta-la de modo inteligente, com a ajuda de todos os dados que possam oferecer as ciências sociais. (em espanhol no original).²⁰

A Ciência Econômica, pois, apareceu como instrumental de realização de um Direito de base empírica e racional. O trabalho interdisciplinar dos realistas convencionalistas, ligando o Direito às demais ciências sociais, revestiu-se de relevante utilidade. Nos anos trinta, porém, retornou-se à busca de um Direito científico e distinto, como trabalho autônomo de uma classe específica: a dos juristas. De fato, os operadores jurídicos, entre as décadas de quarenta e sessenta, adaptaram todo o discurso jurídico norte-americano para a existência de um Estado intervencionista em busca do *bem-estar social*. O Direito, passou a ser entendido como técnica de controle social autônoma, não em função de seu objeto, mas por sua funcionalidade na solução dos conflitos, não mais em termos políticos mas, sim, em termos técnicos em função da estabilidade política vivida pelos EUA, mormente, nos anos cinquenta. Restou, apenas uniformizar as regras jurídicas de acordo com o Estado assistencial. Iniciou-se, então, movimento reconstrutivista que, longe de adotar o temido formalismo rechaçado pelo realismo, propugnou por uma jurisprudência objetiva capaz de solucionar as questões provocadas pelas mudanças inerentes ao realismo jurídico. Surgiu, desta forma, a *legal process school*.

A *legal process school* caracterizou-se como processo objetivo de tomada de decisões racionais, combinando princípios formalistas com a práxis judicial da *policy*; relevando condutas interpretativas segundo influências sociais, antropológicas e econômicas vividas pelos protagonistas no processo judicial. Intentou, ainda, evitar a arbitrariedade do juiz e a possível não cientificidade do Direito norte-americano, através da credibilidade em um *devido processo legal*. Hart fala de um *nobre sonho* a ser, neste intuito de elaboração de um Direito autônomo,

²⁰ A.P. Pekelis *The Case for a Jurisprudence of Welfare. Social Research*, II . 1944.p. 312 e sua versão em espanhol intitulada *La tecla para una ciencia juridica estimativa in CAIRNS et alli. El actual pensamiento juridico norteamericano*. Buenos Aires :Editorial Losada. 1951.p.131.

ser alcançado:

O que tenho chamado de Nobre Sonho (...) representa a crença, incluso a fé, em que, apesar das aparências em contrário e apesar dos amplos períodos de erros e aberrações judiciais, é possível dar uma explicação e uma justificação à expectativa comum dos litigantes de que os juizes apliquem em seus julgados o direito existente e não criem um novo direito para eles, incluso quando o texto das concretas disposições constitucionais, dos estudos ou dos precedentes disponíveis não pareça oferecer um guia determinado para a decisão. (em inglês no original).²¹

Nos anos cinquenta e sessenta²², este processo sofreu um revés na Universidade de Chicago e de Yale nos EUA. Uma reação ao convencionalismo ou à *Escola do Processo Legal* levou a questionar o tradicional processo de ensino do Direito vigente nas faculdades em que restava, ao aluno, apenas e tão somente, estudarem-se os *cases* e *statutories* desconsiderando as demais ciências sociais em detrimento da técnica jurídica e de pequeno conhecimento da ciência social. Era o insurgimento contra a tecnocracia e o consenso político em torno do *Welfare State*. Robrt W Gordon dá seu depoimento sobre aquele momento crítico do ensino jurídico norte-americano, dizendo:

Os docentes, fundamentalmente, nos ensinavam a fazer duas coisas : a análise da doutrina e a análise política. A análise doutrinal era (hoje me dou conta) uma espécie de realismo baixado em seu tom : aprendíamos a desmontar seus argumentos formais do êxito de uma causa e a reanalisar as justificações subjacentes que explicavam, verdadeiramente, a causa, quer dizer, o conjunto de princípios e fins que a sustentavam. A análise política era um tipo de método utilitarista rápido para usar nos casos similares que se supunha nos haveria preparado para adotar argumentos que foram congruentes com as políticas sociais que, de algum modo, eram inerentes ao sistema jurídico. As políticas faziam referência a um consenso presumivelmente geral sobre alguns valores (segurança pessoal, crescimento econômico) ou a uma presumível (e presumivelmente boa) tendência de desenvolvimento histórico (como, por exemplo, passar da defesa dos produtores para a defesa dos consumidores). As vezes se podia produzir um conflito de políticas , cada uma representativa de 'interesses' em conflito, em cujo caso a função do direito era a de prover o imediato 'reequilíbrio' dos interesses. (em italiano no original).²³

Fica evidente, do acima exposto, que imperava, no entender jurídico norte-americano do pós-guerra até os anos sessenta, a tecnocracia e o consenso político conforme à triunfante corrente convencionalista do realismo jurídico, em função de uma utilização instrumental do Direito para controle social.

Em resposta ao estado de coisas apresentado, restou a implementação de movimentos inovadores do Direito considerados pós-realistas. Apresentaram-se, à vista disso, alguns fatores decisivos para uma reformulação crítica do realismo jurídico já desgastado nos anos cinquenta e sessenta; dentre eles, a redescoberta de ciências sociais como a Filosofia e a Economia para uma interação com o Direito.

Como inovações, no campo da utilização da Filosofia junto ao Direito, por exemplo, em

²¹ H. L. HART. *American Jurisprudence trough English Eyes : The Nightmare and the Noble Dream. in Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford : Claredon Press. 1983. p. 132.

²² Ver COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Law and Economics* Harper Collins Publishers , 1988.

²³ GORDON , Robert W. *Nuovi sviluppi nella teoria del diritto in Dmocrazia e Diritto*, n° 5-6. 1990.p.3.

1971, apareceu *The Theory of Justice* de John Rawls, foi desenvolvida a hermenêutica jurídica na filosofia continental europeia e, no campo da Ciência Econômica, surgiu a possibilidade de interação desta Ciência com o Direito; era a chamada *Public Choice* de Arrow, Escola voltada à análise da tomada de decisões políticas.

Reflita-se que, já, neste momento político - final dos anos sessenta e início dos anos setenta, os EUA viviam grave crise político-institucional que quebrou o consenso político ideológico. O *Welfare State* apresentava-se roto em suas bases; problemas diversos assolavam os gabinetes governamentais tais como a frustrada guerra do Vietnã, problemas raciais, corrida armamentista em meio à *guerra fria* com a antiga URSS, bem como, a implementação e fortalecimento das *esquerdas* a minar a unidade política norte-americana. Por sua vez, a Suprema Corte tomava posicionamentos políticos em relação a assuntos delicados como o aborto, movimentos dos direitos civis, feminismo e conflitos raciais ao mesmo tempo em que implementavam-se programas de erradicação da pobreza onerosos para os contribuintes. Enfim, já não havia espaço adequado para a teoria da interpretação jurídico-formal da legislação e regulamentos administrativos - *statutory law* - inerentes à escola do *legal process* defendida pelo pioneiro H. A. Hart.

Deste processo de crise do *Welfare State* e como resposta à *legal process school*, resultaram, então, movimentos críticos como a LaE e a *Critical Legal Studies* - CLS ou EJC. Tratou-se, em verdade, de um ressurgimento da vertente reconstrutivista realista que se utilizou das demais ciências sociais para a análise do Direito.

Acadêmicos de Direito e de Economia uniram-se fazendo surgir as premissas desta nova maneira de pensar o Direito e a Ordem Social a partir do racional-econômico. Na época - final dos anos cinquenta e início dos sessenta - destacavam-se os professores Aaron Director e Ronald Coase que influenciaram alunos como Posner, Landes, Bork e outros.

A teoria da doutrina *Law and Economics*, segundo seu enfoque tradicional de Richard Posner, está exposta no seu livro *Economic Analysis of Law* (1ª edição em 1973) e surgiu nos EUA na década de cinquenta a partir do trabalho de G. Calabresi e sua obra *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* - Algumas Considerações sobre a Distribuição de Riscos e o Direito sobre Ilícitos Civis - e de R. H. Coase e seu artigo *The Problem of Social Cost* - O Problema do Custo Social ²⁴

²⁴ CALABRESI, Guido in *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, Op. cit. e COASE, Ronald H., *The Problem of Social Cost*. Op. cit.

Por outro lado, não se deixe de registrar que Guido Alpa²⁵, na Itália, em 1981 apresentou trabalho de apreciação da obra de Posner e Calabresi. Acusou, este autor, ter surgido pensamento jurídico-econômico, já, em fins do século passado através dos adeptos do Socialismo Jurídico, conforme trabalhos de Loria, Petroni e Brugi. Ademais, destacou os trabalhos, em 1961 de Pietro Trimarchi²⁶.

Sem entrar no mérito impródutivo desta questão fique registrada a possibilidade de consulta da obra de Guido Alpa e conclua-se que, de qualquer forma, o pensamento da *Law and Economics* foi trabalhado tanto nos EUA como na Europa já nos idos dos anos cinquenta e sessenta.

Segundo Posner, a queda da análise doutrinal da escola realista do *legal process* ocorreu em função desta não relevar o aporte teórico-analítico que pode ser obtido a partir do uso de métodos normativo-valorativos do Direito como os inerentes às possibilidades das Ciências Sociais tais como a Filosofia e a Economia. Ensina, o autor, que a inabilidade dos advogados em perceber o fenômeno social de um ângulo distinto do discurso que tradicionalmente os caracteriza - um senso comum ultrapassado e insatisfatório - é evidente e pode levar a erro:

No estudo de seus casos, usam sua experiência como advogados, seu sentido comum e os valores morais e políticos comuns de sua sociedade para valorar a eficácia prática e a justiça de questões distintas de claridade e consistência das normas existentes ou propostas, mas não usam das teorias das ciências sociais ou da filosofia (...). Quando o jurista da análise doutrinal desvia-se da senda da clarificação e entra no âmbito da *policy analysis*, sua falta de preparo no conhecimento científico social pode levar a erro. (em inglês no original).²⁷

Surgem a partir da utilização da Filosofia e da Economia possibilidades inovadoras de desenvolvimento de uma *normative analysis of Law* distinta da tradicional *doctrinal analysis*. Posner refere à possibilidade de utilização de uma *normative economic analysis of law* conforme abordada por G. Calabresi, como, também alude a métodos analítico-legais surgidos a partir da Filosofia e defendidos por autores que vão desde aqueles dedicados à *Critical Legal Studies* ou EJC como: Roberto Unger Mangabeira até a Ronald Dworkin, John Rawls ou Nozick. Em especial, o Professor Posner, particularmente, defende a LaE como possibilidade acadêmica alternativa para a análise do Direito, em substituição à análise doutrinal já desgastada no Direito norte-americano.

²⁵ ALPA, Guido. *Interpretazione Economica del Diritto*. Rivista del Diritto Commerciale, ano 1979, Lul - Dec., 1981 e _____, PULITINI F., RODOTÀ S. EROMANI F. *Interpretazione giuridica e analisi economica*. Milano: Giuffrè. 1982.

²⁶ TRIMARCHI, Pietro. *Causalità e Danno*. Milano: Giuffrè, 1967 e _____, *Rischio e Responsabilità Oggettiva*. milano: Giuffrè. 1961.

²⁷ POSNER, Richard A. *The Decline of Law as a Discipline Autonomous*. Op. cit. 1962-1987. pp. 772-773.

A LaE apareceu, assim, como proposta realista e de caráter interdisciplinar para abordagem do Direito; dando-lhe suporte científico, racional, uniformizante e universalizante. Trata-se de um esforço construtivo do Direito norte-americano e não meramente crítico que pretende cobrir a lacuna da possível arbitrariedade da *Common Law* em sua versão realista dando ao magistrado parâmetro seguro, universal e metodologicamente adequado a uma decisão inquestionável do ponto de vista racional. Diz Posner :

O analista positivo como eu - se parece com o jurista doutrinal porque crê que existem normas jurídicas - que o Direito não é, em seu conjunto, um produto da discricção judicial, como os realistas mais extremistas acreditaram. Usamos a análise econômica para investigar em que extensão a *Common Law* é um sistema coerente de normas que tratam de promover a eficiência. (em inglês no original).²⁸

Apesar de afirmar que o uso da Ciência Econômica para análise do Direito não é algo inovador, Pedro Mercado Pacheco acusa a felicidade do novo intento na medida em que, a LaE, propicia, ao Direito realista norte-americano, um *status* científico, diz ele:

(...) A LaE pode ser vista como a ressurreição da vertente do realismo jurídico 'como ciência', mas também como sua superação ao propor uma teoria sistemática jurídica capaz de dotar-se de uma visão racional e unificada do ordenamento jurídico americano, capaz de proporcionar um fundamento, a lógica racional da eficiência econômica, a um sistema jurídico deslegitimado no presente momento. Neste sentido, afirma ainda o autor, a LaE é uma 'promessa feliz' de uma teoria do direito e da justiça, 'realista' em sua adaptação ao mundo da escassez, 'científica' na descrição do direito, 'segura' na justificação das decisões judiciais apelando a um critério 'técnico e neutro' como a eficiência econômica. (em espanhol no original).²⁹

Após terem sido presumivelmente entendidos os aspectos históricos que levaram ao desenvolvimento da LaE, verifiquem-se, a partir de então, algumas afirmações sobre os diversos enfoques, ou Escolas, do movimento economicista do Direito em estudo, de forma a possibilitar a contextualização do leitor no tema e dar-lhe subsídios para comparação entre os diversos movimentos e suas etapas na consagração de um pensamento jurídico-econômico.

2.3 ENFOQUES DA *LAW AND ECONOMICS*

A LaE é tida, inicialmente, como movimento acadêmico que intenta a análise do Direito norte-americano através do discurso econômico, assim como, outras ciências sociais, também, procuram esta releitura do fenômeno jurídico como a Filosofia, a Psicanálise e a Antropologia. É de observar-se, no entanto, que mesmo dentro de uma perspectiva economicista, existem diversidades de análise, segundo alguns pensadores ou etapas do movimento conforme outros

²⁸ POSNER, Richard A. *The Present Situation in Legal Scholarship*. *The Yale Law Journal*. v. 90. 1981.p.1120.

²⁹ PACHECO, Pedro Mercado. *Op. cit.* p.210.

estudiosos. Acredita-se, porém, que, já, agora, nos anos noventa têm-se suficientes elementos que indicam a estruturação da LaE segundo Escolas definidas em suas características; principalmente, quando vista sobre o enfoque mais tradicional - de Posner.

Andrés Roemer subdivide a LaE em quatro enfoques básicos a saber:

1. Enfoque tradicional da Escola de Chicago;³⁰
2. O enfoque Neoinstitucional;³¹
3. O enfoque chamado de Eleição Pública³² e
4. Estudos da Crítica Jurídica - ECJ.³³

De outra forma, Pedro Mercado Pacheco³⁴ analisa o movimento em etapas progressivas destacando quatro momentos decisivos que levam, por fim, à consagração da LaE como disciplina autônoma no cenário jurídico; quais sejam:

1. Um primeiro momento de pioneirismo com os trabalhos de um economista, Ronald Coase e de um jurista, Guido Calabresi, nos anos sessenta; sendo que o primeiro analisou a questão das externalidades criticando a *Economia do Bem-estar* e o segundo questionou sobre a distribuição e/ou atribuição de riscos como critério de imputação da responsabilidade no chamado *direito de danos*; - no Brasil, responsabilização civil por dano causado a terceiro.
2. Nos anos seguintes, e a partir do exposto por Coase, consolidou-se a Escola dos *Property Rights*.³⁵ intentando observar, analiticamente, a influência das diversas possíveis distribuições do Direito de Propriedade que cria estímulos ou obstáculos à conduta dos indivíduos para obter eficiência.

³⁰ Como subsídio bibliográfico ver: COOTER, Robert D. e ULEN, Thomas. *Law and Economics. Op. cit.*; HIRSCH, Werner Z. *Law and Economics. An Introductory Analysis*. 2ª ed. San Diego, CA: Academic Press Inc., 1988, POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law. Op. cit.*, SHAVELL Steven. *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987. Pp. VIII, 312 e POLINSKY, A. Mitchell. *Op. cit.*

³¹ A respeito do enfoque neoinstitucional da LaE, podem ser verificadas as obras de SCHMID Allan A. *Law and Economics: An Institutional Perspective in* MERCURO, Nicholas. *Law and Economics. Op. cit.*, FURUBOTN, Eirik e PEJOVICH, Svetozar. *Introduction: The New Property Rights Literature. in The Economics of Property Rights*, Ballinger. 1974; WILLIAMSON, Oliver E. *Las Instituciones económicas del capitalismo*. México: Fondo de Cultura Económico, 1989 além das citadas neste trabalho.

³² Enriqueça-se a pesquisa consultando FARBER Daniel A. e FRICKLEY Philip P. *The Jurisprudence of Public Choice*. *Texas Law Review*. v. 65, nº 5, abr. 1987., TULLOCK, Gordon *The Politics of Bureaucracy*. Public Affairs Press. 1965 _____. *Law and Public Choice: A Critical Introduction*, The University of Chicago Press, 1991, MUELLER, Dennis C. *Public Choice*. Cambridge University Press, 1979. DOWNS, Anthony. *An Economic Theory of Democracy*. Harper and Row, 1957, BLACK, Duncan. *The Theory of Committees and Elections*. Cambridge University Press, 1958., STIGLER, George J. *The Theory of Economic Regulation. Op. cit.*, BUCHANAN, James M. *Custo e Escolha Uma indagação em Teoria Econômica*. trad. Luiz Antonio Pedrosa Rafael. São Paulo: Inconfidentes, 1993. dentre outras.

³³ Para apreciação histórica do movimento ECJ ver as obras de SCHELEGAL, John H. *Notes Toward an Intimate, Opinionated and Affectionate History of The Conference on Critical Legal Studies*. *Stanford Law Review*. v. 36, nº 1 e 2, Jan de 1984. pp. 391-411 e SCHWARTZ, Louiz B. *With Gun and Camera Through Darkest CLS - Land*. *Stanford Law Review*. v. 36, nº 1, Jan. 1984, pp. 413-455. e para acompanhar a intelectualidade do movimento acompanhar a obra do brasileiro MANGABEIRA, Roberto Unger. *The Critical Legal Studies Movement*. Harvard: Harvard University Press., 1983.e ALTMAN, Andrew. *Critical Legal Studies: a liberal critique*. New Jersey: Princeton University Press. 1993.

³⁴ PACHECO, Pedro Mercado. *El Análisis Económico del Derecho*. *Op. cit.* pp. 27-32.

³⁵ Destacam-se como pensadores desta corrente Harold Demsetz, Armen Alchian, Erik G. Furubotn e Svetozár Pejovich, dentre outros.

3. Consolidação acadêmica da LaE, nos anos setenta com a publicação em 1973 da obra de Richard A. Posner intitulada *Economic Analysis of Law* em que o autor estende, através de estudo sistemático, a Análise Econômica para ramos do Direito norte-americano que, até então, não haviam sido cogitados para uma interpretação analítica segundo a Teoria Econômica. Abordou-se, no citado trabalho, desde ramos tradicionais da *Common Law* como Propriedade, Contratos e Responsabilidade Civil; até variados ramos como Legislação Fiscal e Antitruste, Processo Judicial, a própria Constituição, Direito de Família e outros.

A partir do trabalho de Posner, firmou-se, a tradicional Escola de Chicago, tida como mais radical e conservadora, ao apregoar a lei máxima de eficiência econômica dentro de mercado, como único e universal objetivo e instrumental do Direito enquanto solucionador do conflito social. Nos anos setenta difundiu-se o pensamento jurídico-economicista pelas faculdades de Direito norte-americanas; já, nos oitenta, atingindo *status* de disciplina autônoma em Universidades como: Stanford, Columbia, Chicago, Miami, etc. O movimento cresceu, então, a nível teórico com institucionalização de pesquisas para inserir o jargão economicista ao discurso jurídico e com publicações em meios de comunicação, dentre os quais, o *Journal of Legal Studies*, o *Journal of Law and Economics* e a *International Review of Law and Economics*. Em nível prático, a LaE foi difundida com a implementação das idéias econômicas nos julgados. Muitos de seus representantes assumiram cargos importantes na magistratura norte-americana como é o caso do próprio Posner que é Juiz da Corte de Apelação dos Estados Unidos, em seu Sétimo Circuito, juntamente com Frank Easterbrook, também no Sétimo Circuito, Stephen Breyer e outros.

4. Um quarto momento chamado crítico que, concomitantemente ou não com os demais, institucionalizou a crítica à LaE, principalmente no seu aspecto posneriano. Assim, foram institucionalizados os Estudos da Crítica Jurídica - EJC, dentre outros.

De resto, basta, agora chamar a atenção para as características principais de algumas vertentes do movimento jurídico-economicista para, assim, inserir o leitor neste contexto jurídico-econômico-discursivo, lembrando que, dentro das condições e, mesmo, da brevidade de um trabalho desta natureza, não cabe esgotar o assunto e, por outra, cabe, sim, conforme proposta inicial, destacar sugestões bibliográficas genéricas e a específica obra de Posner.

2.3.1 O ENFOQUE TRADICIONAL DA ESCOLA DE CHICAGO;

Lembrando que a expressão *Law and Economics* é genérica abordando todo o pensamento acadêmico que relaciona o Direito com a Economia; convencionou-se, no entanto, que, no seu uso restrito, refere, tão somente, à parte do movimento que corresponde à Escola de Chicago onde o trabalho de Posner liderou o caminho da pesquisa acadêmica de amplo espectro jurídico.

Em uma tentativa de definição da *Law and Economics*, sob este ângulo tradicional, veja-se o apresentado pelos seguintes autores:

Charles K Rowley: *O Direito e a Economia se define como a aplicação da teoria econômica e dos métodos econométricos para examinar a formação, estrutura, processos e influência da lei e das instituições jurídicas.* (em inglês no original)³⁶.

Richard A Posner³⁷ define a Economia e o Direito como: (...) *conjunto de estudos econômicos que se fixam em um conhecimento detalhado de alguma área do Direito; seja o estudo feito por um 'advogado', por um 'economista', por alguém que tenha ambos títulos ou uma equipe formada por um advogado e um economista; isso tem pouca importância.* (em inglês no original)³⁸.

Este autor, tornou-se um dos principais defensores da nova disciplina nos EUA. Alertou, inclusive, para o fato de que havia duas maneiras de abordar o Direito segundo o instrumental metódico economicista. Um dos meios, segundo a tradicional linha do Direito Econômico Intervencionista e outro, então, inovador, conforme o emprego da teoria microeconômica na análise do Direito. Fala, ele, pois, da *old* e da *new Law and Economics*:

A aplicação da Economia ao Direito não é, em si, nem inovadora, nem controvertida. O que é novo e controvertido é a variedade de problemas no mundo jurídico no qual economistas estão sendo, agora, aplicados, neste livro e em todo lugar. Até cerca de 15 anos atrás, o termo 'Law and Economics', primariamente, significava a aplicação da economia ao Direito Antitruste, além disso, havia esparsos, mas importantes trabalhos econômicos sobre tributação, corporações, utilidades públicas e regulação de transportes comunitários.(...) Entretanto, a marca que indica a nova Law and Economics - a Law and Economics que torna-se quase que inteiramente nova em 15 anos - é a aplicação de métodos teóricos e empíricos da economia ao sistema

³⁶ ROWLEY K. Charles. *Public Choice and the Economic Analysis of Law* in MERCURO, Nicholas (comp.) *Law and Economics*, Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 125.

³⁷ O trabalho acadêmico de Richard A. Posner pode ser estudado, dentre outras, a partir das seguintes obras: POSNER, Richard. *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chicago: University of Chicago Press, 1976, _____. *A Theory of Negligence*. 1.J. Legal Studies 29, 1972. _____. *The Social Costs of Monopoly and Regulation*, 83 J. Pol. Econ. 807, 1975, _____. *Economic Analysis of Law*. Op. cit., _____.e. SCOTT, Kenneth E. *Economics of Corporation Law and Securities Regulation*. Boston: Little Brown, 1980. _____. *The Value of Wealth: a Reply to Dworkin and Kronman*. Legal Studies, n 9, 1980. _____. *The Economic of Justice*. Cambridge: Harvard University, 1981, _____. *Taxation by Regulation*, 2 Bell J. Econ. & Management Sci. 335, 1974, _____. *Utilitarianism, Economics and Justice Theory*. Legal Studies, n 103, 1979, _____. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University, 1990, e _____. *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*. In: Kupperberg, Mark; Beitz, Charles. *Law Economics and Philosophy. A Critical Introduction with Applications to the Law of Torts*. Totowa, New Jersey: Roman and Allan Held, 1983.

³⁸ Cf. POSNER, R.A. *The Law and Economics Movement*. Documentos e Atas da Assembléia XCV da Associação Americana: conferência ditada por Richard T Ely, contida na *American Economia Review*, maio de 1987. pp. 1-13, p.4.

legal, apostando em campos da Common Law tais como delitos de natureza civil, contratos, propriedade, teoria e prática da aplicação de penas, procedimentos civis, criminais e administrativos, teoria da legislação e direito impositivo e administração da justiça. Enquanto a "velha" Law and Economics depositava a sua atenção às leis governamentais explicitamente relacionadas com o econômico e, na verdade, limitando tais direitos (o direito contratual, por exemplo, foi omitido) a "nova" Law and Economics não reconhece tais limitações no domínio da análise econômica do direito. (Os termos "velho" e "novo" são utilizados para indicar sequência e não valoração ou promessa). (em inglês no original).³⁹

Assim, o velho ramo da *Law and Economics* está ligado ao surgimento da Economia como ciência distinta e com os estudos de Adam Smith sobre a regulação normativa dos mercados; enquanto a *nova Law and Economics* tem sua raiz científica na Teoria Microeconômica; filosófica, no utilitarismo benthamniano⁴⁰, no pragmatismo norte-americano e no pensamento economicista; já se preocupando com atividades outras que não a única regulação de mercados. Tornam-se, pois, objeto de análise da Escola referida ramos do Direito que, até então, não tinham uma ligação direta com o econômico tais como; no caso do Direito norte-americano abordagem econômica de ramos tradicionais da *Common Law* e ramos outros como o Direito Penal, de Direito de Família, de Direito de Responsabilização Civil e outros.

Outra contribuição conceitual que cabe ser lembrada é a de Pedro Mercado Pacheco para quem a LaE constitui:

(...) un intento de estudio interdisciplinar y, como tal, un ataque a la idea de autonomía de la propia ciencia jurídica. En este sentido el AED - como o autor refiere a LaE - resucita un viejo tema de la teoría del derecho como es el de la posibilidad de un estudio científico de la realidad jurídica desde el ámbito de las ciencias sociales. Desde este punto de vista - acrescenta Pedro Mercado - lo definitorio del enfoque del AED, esto es, la aplicación de la teoría económica, en particular la teoría microeconómica neoclásica, al análisis y evolución de la realidad legal, no parece, en principio, ser suficiente para transformar los límites y los términos en los que se ha planteado el tradicional tema de las relaciones entre derecho y economía. - Entretanto, lembra o autor que - esa referencia a la ciencia económica desde dentro del discurso jurídico ha tenido diversas significaciones. (...) necesidad de integrar ciencia jurídica y ciencia económica, (...) intento de abrir el discurso jurídico a la realidad social, e (...) salir de los límites en los que había situado el formalismo.⁴¹

Para esta vertente de pensamento da *Law and Economics*, portanto, o homem, ao agir busca, racionalmente, a maximização de seus interesses, inclusive, imprimindo, no Direito, critério racional de tipo econômico conforme à busca da eficiência tanto no sentido de eliminação de custos sociais impostos pelo instrumental jurídico como na apreciação judicial dos casos concretos propriamente dita. A Escola de Chicago teve embasamento, a partir do exposto, em uma ética utilitarista⁴² e de maximização da riqueza, ainda, relevando o valor independente do individualismo e da livre escolha. Em verdade, aqui, são verificadas, como suporte da teoria de base, as máximas do individualismo metodológico economicista

³⁹ POSNER, R. A. *Economic Analysis of Law*. Op. cit., pp. 15 e 16.

⁴⁰ Ver o tópico 2.4.2.1, item III deste trabalho.

⁴¹ PACHECO, Pedro Mercado. *El Análisis Económico del Derecho*...Op. cit., pp. 33 e 34.

⁴² Posner discorda da influência Benthamita em seu trabalho *Economic Analysis of the Law*. Op. cit. p. 12.

neoclássico que remonta ao utilitarismo benthamita.

Outro enfoque importante e que não deve ser olvidado é o fato de que, paralelamente ao utilitarismo de Jeremy Bentham, pode ser considerado marco teórico-filosófico para a *Law and Economics* o pragmatismo norte-americano, muito bem abordado pelo doutrinador William James⁴³ e o caráter religioso norte-americano que impulsiona o homem a produzir em busca do bem-estar, louvando a prática racional e condenando a inércia⁴⁴.

Quanto à metodologia da perspectiva tradicional da LaE⁴⁵, tem-se que: o objeto de estudo- Direito, ou, mais especificamente, normatização, é visto como sistema de restrições e recompensas onde são observadas as respostas ou comportamentos dos indivíduos; identificam-se, os fenômenos, como acontecimentos sistemáticos e passíveis de generalização teórica para sua ocorrência; os agentes passam a agir em função de maximização de seus próprios interesses - análise custo/benefício; verifica-se a análise marginal e total das ações humanas em resposta à lei; os bens e serviços se apresentam multidimensionais uns em relação aos outros e a necessária verificação dos dados histórico-estatísticos em relação aos fenômenos verificáveis e sujeitos à lei.

Neste enfoque da *Law and Economics*, são destacáveis, como características principais: a generalização o rigorismo e o uso de técnicas analíticas, sempre, procurando a eficiência; que pode ser analisada e conceituada, segundo, v.g., Pareto e pelo critério Kaldor-Hicks⁴⁶.

A LaE, pois, em sua perspectiva tradicional, parte de um pressuposto de mercado onde Direito e Economia interagem para fim comum de incremento da riqueza social. Disto decorrem algumas conclusões interessantes quanto à posição do Direito a saber:

1. Encontrado, nmercado, na ideal posição de equilíbrio - concorrência perfeita, o Direito nada tem a fazer pois resta-lhe, neste caso, apenas e tão somente definir as garantias e

⁴³ O conceito de pragmatismo pode ser visto como segue:

O pragmatismo representa uma atitude perfeitamente familiar em filosofia, a atitude empírica, mas a representa, parece-me, tanto em uma forma mais radical quanto em uma forma menos contraditória, em relação a que já tenha assumido alguma vez.. O pragmatista volta as costas resolutamente e de uma vez por todas a uma série de hábitos inveterados, caros aos filósofos profissionais. Afasta-se da abstração e da insuficiência, das soluções verbais, das más razões a priori, dos princípios firmados, dos sistemas fechados, com pretensões ao absoluto e às origens. Volta-se para o concreto e o adequado, para os fatos, a ação e o poder, O que significa o reinado do temperamento empírico e o descrédito sem rebuços do temperamento racionalista. O que significa ar livre e possibilidades da natureza, em contraposição ao dogma, à artificialidade e à pretensão de finalidade na verdade.

(...)Até então não há nenhum resultado particular, mas somente uma atitude de orientação, que é o que o método pragmático significa. A atitude de olhar além das primeiras coisas, dos princípios, das "categorias" das supostas necessidades; e de procurar pelas últimas coisas, frutos, conseqüências, fatos. in JAMES, William, Pragmatismo e outros Textos. Op. cit., pp. 20-21...

⁴⁴ Richard A. Posner reluta em atribuir caráter utilitarista ao seu pensamento, entretanto, defende no ordenamento jurídico um sistema de moral conforme às máximas das virtudes tradicionais Calvinistas ou Protestantes associadas com o progresso econômico. Ver in POSNER, R.A. *Economic of Justice*. Op. cit. p. 68.

⁴⁵ No mesmo sentido, ver Edmund W. Kitch apud Andrés Roemer in *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Op. cit. pp. 15-19.

⁴⁶ Ver item 1.4 no Capítulo I deste trabalho.

a seguridade institucional para que sejam possíveis as trocas de mercado;

2. Entretanto, quando existem anomalias na situação de equilíbrio - tal como é verificado na ocorrência de externalidades, monopólios, etc. resta, ao Direito, atuar de forma a possibilitar a negociação tal como ela ocorreria em mercado diminuindo os custos de transação.

3. O Direito passa a ser persuasivo e não repressivo. Quando alguém faz compras não vê no lojista um inimigo, embora os objetivos dele ofertante sejam opostos ao do demandante. O que se passa é que, de qualquer forma, ambos argumentarão para chegar a um consenso satisfatório de equilíbrio onde a troca se verifica.

Ao ser intentada abordagem segundo o tradicional Direito, é verificável, de imediato, a suposição de uma fatal e não resolvida situação de conflito. É sabido que, se, moralmente, é almejada uma justiça reparadora, contudo, não se cicatrizam, com a vitória e, principalmente, com a derrota judicial, os traumas inerentes ao mérito e aos *suplicios* processuais. O fato está evidente no mundo das grandes empresas internacionais, em que a opção pela arbitragem e outras soluções administrativas é cada vez mais freqüente, quando a opção que resta é a de um Judiciário moroso e ineficiente. Inclusive, Judiciário que, não raras vezes, *trabalha* o processo, no tempo, de forma a submeter partes desconsoladas à imposição legal formal e, em certos casos, magistral - arbitrária, ou à espécie de tortura mental na medida em que o *grande pai está a admoestar seus filhos porém, aguardando que estes solucionem suas desavenças*⁴⁷.

4. O Direito, sob a perspectiva da LaE, reconhece que existe animosidade entre as partes, porém não se preocupa, necessariamente, em apurar culpas e estipular direitos intocáveis enquanto não se priorize outro aspecto que não a identificação da situação eficiente.

Ora, se existe impossibilidade de acordo entre as partes envolvidas - elevados custos de transação -, resta, ao Direito, propiciar as condições de reequilíbrio que, em outras circunstâncias, mais amenas, certamente seriam alcançadas pelas partes envolvidas. É bem verdade que casos ocorrem em que, por mais que se imagine um consenso, impossível é a transigência - como ocorre em casos de assassinato no Direito Penal; entretanto, ainda resta, ao Direito, papel de apaziguador dos ânimos sociais e isso somente pode ocorrer quando o aparelho judicial não interfere nos limites de satisfação individuais sem relevar as possibilidades e intenções a serem avaliadas. Em outras palavras, nada melhor e mais eficiente do que a

⁴⁷ A expressão foi utilizado tentando lembrar a apreciação freudiana dos fatos; ou ainda a ideia luhmaniana de sistemas onde, em verdade, as soluções para os conflitos partem dos próprios envolvidos desgastados pelas adversidades e pela intransigência e morosidade do próprio sistema.

obtenção do equilíbrio de partes a cederem de forma a ser alcançado o consenso próprio para suas desavenças. Este é o modelo procedimental para o aparelho jurídico-normativo.

Não mal comparando, clientes saem satisfeitos das lojas com suas compras e certos de que despenderam o máximo que, nas condições de mercado, lhes era possível para o bem bargainado; assim como, para o lojista, restou a certeza de que recebeu o mínimo que, também, em mercado, lhe era possível adquirir.

O Direito Persuasivo em termos da LaE, embasado em máximas de mercado, cria condições para a transigência, e não se pode criticá-lo pelo seu caráter eficientista pois, em última análise, uma solução de mercado é, além de ótima, justa para as partes, pois, sendo de equilíbrio, não prejudica a outrem e, se o fizer, tem-se, então, nova oportunidade para a obtenção de solução. E, aqui, lembre-se aos mais afoitos, que já no Brasil, é possível transigir em matéria trabalhista e, inclusive, penal - conforme artigo 98, inciso I CF/88.

Demais, parece que a LaE, no seu enfoque tradicional, está adaptada às atuais perspectivas de um Estado neoliberal orientado à economia de mercado e à eficiência conforme os modelos econômicos neoclássicos. Trata-se de uma retirada da máquina estatal do mercado que, se em dado momento influenciou no aumento da demanda agregada, conforme Keynes, hoje, apresenta-se como obstáculo ao crescimento. De fato, Keynes e Pigou pregaram a intervenção econômica paternalista do Estado - *Welfare State* sem relevar os custos dessa intervenção. Hoje, de outra forma, se ainda cabe ao Estado intervir em alguns setores da economia, deve fazê-lo de forma que suas instituições não se tornem *pesadas ou sangrias* dos esforços econômicos dos agentes. Assim, são justificáveis as privatizações, a política de um Estado mínimo e a adjudicação de um Direito que não imponha obstáculos ao curso normal das relações sociais.

Apesar de não ser possível desconhecer a fragilidade de algumas partes no processo de permuta no mercado e que, por assim apresentarem-se, carecem de maior assistência por parte do governo como é exemplificado por muitos em relação à questão trabalhista no Brasil, também não é possível deixar de reconhecer que em muitos setores o Estado já está supérfluo, aliás, não somente, desnecessário, mas também prejudicial ou obstaculizante do natural fluxo das relações sociais. Assim, exemplifica-se com a questão da abertura ao comércio internacional ocorrida, a partir dos anos noventa, com o Governo Collor de Mello e a implementação do Mercosul. De fato reconhece-se que muitos empreendimentos fracassaram, entretanto, segundo uma atitude darwinista de mercado, restou a vitória para os mais capazes.

Parece que, neste sentido, a grande questão é identificar o momento certo de romper com o assistencialismo e o protecionismo para que partes, em iguais condições de barganha, possam, com justiça, deliberar. Assim, também, acontece com o Direito. Muitos relutam em aceitar um padrão eficientista de julgamento em função de estarem acostumados aos *afagos* protetores da lei em relação a sua inércia, enquanto, outros, desacreditam em uma justiça formal, extremamente técnica, incapaz de satisfazer os anseios populares seja em questão de mérito, seja em termos de celeridade e eficiência.

A partir do exposto, acredita-se que a LaE deve servir a um aparelho judicial cada vez menor e que atue também de forma mínima deixando à própria sociedade a solução de suas desavenças em mercado segundo seus interesses. Dizer que isto é imoral, ou melhor, dizer que um Direito eficientista peca por não perseguir justiça e sim frio cálculo racional, é um equívoco, pois, a atitude maniqueísta de certo e errado para o processo de mercado é infeliz. O equilíbrio obtido é o real fenômeno desejado pelos indivíduos que, satisfeitos, alcançam justiça.

Utilizar a Teoria Econômica para interpretar ou analisar o Direito significa utilizar de um método dedutivo de prognósticos em função da norma analisada objetivando a produção de determinado comportamento social desejado. A LaE, assim, diverge dos tradicionais estudos de *cases* da *Common Law* norte-americana em que é almejada a máxima jurídica de forma indutiva, na medida em que, segundo a Teoria Econômica, intenta uma aproximação dedutiva a partir dos pressupostos de comportamento econômico. No caso da *Civil Law*, tal como na Teoria Econômica, são deduzíveis, das leis, condutas de comportamento que, no entanto, quando não elaboradas sob critério eficientista - inerente à LaE - ou mesmo, quando não aplicadas segundo interpretação eficientista, traduzem insatisfação social ou injustiça moral, segundo Posner, na medida em que levam ao desperdício de escassos recursos.

A LaE, pode ser encarada como normativa, positiva e descritiva tal como o tradicional Direito discutido em seu *ser* e *dever ser*. As teorias normativas implicam em juízo de valor e intenção a ser perseguida pela lei; como, geralmente, sucede com os Princípios - exemplifique-se com o artigo 170 CF/88 que determina, dentre outros, a busca do pleno emprego; que, não necessariamente ocorre, de fato, na economia do País, embora constitucionalizado ou positivado em lei. As proposições positivas, *contrario sensu*, em termos econômico-legais, são aquelas que, empiricamente, podem ser apreciadas - Economia Descritiva - e teorizadas - Teoria Econômica - como, por exemplo, a verificação da maximização do lucro quando a receita marginal é igual ao custo marginal das empresas.

A Teoria Econômica e a Economia Descritiva estão, intimamente, ligadas à economia positiva enquanto a política econômica é inerente à economia normativa.

A LaE intenta analisar o *dever ser* jurídico através da Economia Positiva - descrição e normatização de forma a obter resultados adaptáveis à prescrição de eficiência como critério jurídico-legal. Na realidade busca-se, pela LaE, a possibilidade de prever comportamentos individuais segundo estímulo ou desestímulo que a lei ou uma sentença possa empreender em relação ao caso concreto.

O enfoque tradicional da LaE voltará a ser abordado na medida em que desenvolvam-se os próximos itens do trabalho, obtendo-se, por esse método visão mais específica dos seus pressupostos e pensadores. Portanto, sejam, agora delineados os aspectos primordiais dos demais citados enfoques.

2.3.2 O ENFOQUE NEOINSTITUCIONAL

O enfoque neoinstitucional da LaE também conhecido como Escola dos *Property Rights* é, sobremaneira, interessante, na medida em que subverte, se, assim, pode ser dito, o Direito de Propriedade. Aqui, parece que o discurso jurídico-econômico dito *conservador* e de *extrema direita* adquire *tonalidades vermelhas* e de *caráter social*. Analisando o Direito a partir de uma perspectiva histórica em que o Estado-nação e a ordem normativa foram instituídos para a proteção do capital, principalmente embasado nos pilares da livre contratação e da propriedade privada, é surpreendente que, no seio do próprio capitalismo, se instale uma política jurídica capaz de infirmar as máximas da propriedade e do direito adquirido. Entretanto, o tema já não se apresenta tão intrigante quando é levado em conta que o capital necessita expandir, principalmente em tempos de globalização e, para um grande capital consolidado, o Direito de Propriedade, não raras vezes, passa a ser colocado em segundo plano - caso do processo de tercerização ou, mesmo, passa a prejudicar o grande empreendimento como ocorre com as externalidades a terem de ser internalizadas.

Basicamente, este enfoque, propugna pela utilização mais eficiente da propriedade que, em última análise, não é inerente, exatamente ao objeto ou *res*, e sim, trata de uma expectativa de uso e de utilidade desse objeto. Trata-se, pois, de uma visão economicista mais ampla do que a estrita relação homem-objeto do Direito tradicional romano, ou seja, trata-se de abordar

a propriedade do ponto de vista das relações sociais entre homem-homem em relação à existência dos objetos e seu uso. Assim, é justificado o abandono das máximas romanas do *jus abutendi*, *jus fruendi* e *jus utendi* em função de uma apropriação eficiente da possibilidade de uso dos objetos de propriedade.

Isto não quer dizer, no entanto, que se esteja a falar de algo prejudicial, no sentido de desestruturação do Direito de Propriedade. De fato, por exemplo, a partir de uma postura liberal como a analisada, pode-se inferir uma apropriação social como sugerida na Constituição do Brasil em seu artigo 186 e incisos levando, inclusive, à distribuição das propriedades segundo critério social de eficiência no uso da terra e, portanto, levando a processo de reforma agrária justificado pela LaE.

Os neoinstitucionalistas preconizam que a forma como são distribuídos os direitos de propriedade e os custos de transação interferem no comportamento econômico, incentivando ou obstaculizando um uso racional da propriedade. Esta perspectiva é surpreendente uma vez que se vislumbra a possibilidade de justificação do ato de infringirem-se custos a terceiros, por exemplo, no uso de uma propriedade qualquer causando externalidades prejudiciais a bens de terceiros; também, é inovadora por propiciar a tendência locativa da propriedade para as mãos mais eficientes.

Segundo Allan A. Schmid, o enfoque neoinstitucional da *Law and Economics* tem como meta a identificação das variáveis instrumentais e das questões e processos que fundamentam a operação das instituições jurídicas de significação econômica. (em espanhol no original)⁴⁸.

Busca-se, desta feita, analisar a forma como a economia dos direitos de propriedade e custos de transação afetam os agentes promovendo incentivos e expectativas bem como obstáculos ao comportamento econômico racional e eficiente.

Surgindo com o trabalho de Armen A. Alchian⁴⁹ em fins da década de cinquenta, o enfoque neoinstitucional foi influenciado por Coase⁵⁰ e Stigler⁵¹ que publicaram artigos relacionados com a alocação de frequências de rádio e televisão em 1959 e 1961 respectivamente; sendo que, ainda coube a Coase o mérito de um brilhante artigo a ser

⁴⁸ Apud ROÉMER, *Op. cit.* p 41.

⁴⁹ ALCHIAN, Armen A. *Private Property and Relative Cost of Tenure*, in Philip D. Bradley (comp.), *The Public Stake in Union Power*. Virginia : University of Virginia Press. 1959, pp. 350-371.

⁵⁰ COASE, *The problem of Social Cost*, *Op. cit.* . e STIGLER, George J *The Economics of Information*. *Journal of Political Economy*. v. 69, n° 3, jun. 1961, pp. 213-225.

⁵¹ STIGLER, George J *The Economics of...* *Op. cit.* pp. 213-225.

abordado em item especial deste trabalho denominado *The Problem of Social Cost*, publicado em outubro de 1960.

De qualquer forma, nos anos setenta, já era verificável a existência da *Property Rights School* com a contribuição de autores como Louis de Alessi e Robert J. Staaf⁵², Oliver E. Williamson⁵³, Harold Demsetz⁵⁴ e outros.

O aporte teórico-econômico da clássica Microeconomia, agora, parece insuficiente para justificar as transações quando os custos são maiores que zero, assim como, o Direito de Propriedade clássico se mostra insuficiente para um uso racional e eficiente da propriedade. Os revisionistas⁵⁵ do pensamento tradicional microeconômico, denominados institucionalistas histórico-descritivos - representados por autores como Roscoe Pound, John R. Commons, Jerome Frank e Thorstein Veblen - , em verdade, propugnaram diferente abordagem da clássica microeconomia que analisa os fatos econômicos isoladamente, descontextualizados de tempo e lugar como se o uso de determinada propriedade estivesse isolado em relação às demais; de forma que não impusesse possíveis prejuízos ou, de outra maneira, influísse nas demais como ocorre com a verificação de externalidades. A propriedade, pelos clássicos da microeconomia, é vista como algo exógeno ao sistema quando na realidade ela é endógena na medida em que interage com as demais propriedades.⁵⁶

Assim, manifesta, Thomas S. Ulen:

Resumiendo, tenemos dos corrientes diferentes aunque relacionadas en el campo institucionalista. Un grupo se muestra insatisfecho con el carácter matemático, fuertemente formal, de la microeconomía moderna y considera este formalismo el causante de que los economistas modernos presten poca atención a la influencia que ejercen el tiempo y el lugar concretos así como el marco institucional en que se toman las decisiones económicas. Un segundo grupo no rechaza tanto el formalismo de la microeconomía moderna como el hecho de que se considera habitualmente a las instituciones como variables exógenas cuando, en realidad, son endógenas.⁵⁷

A análise institucional leva, pois, em conta, além do formalismo matemático microeconômico, a Análise da Economia como universo de relações sociais, as transações

⁵² DE ALESSY, Louis e STAAF, Robert J. *Property Rights and Choice* in MERCURO, Nicholas. *Law and Economics*. Op. cit.

⁵³ WILLIAMSON, Oliver E. *Managerial Discretion and Business Behavior*. *American Economic Review*, v. 53, dez. 1963.. pp. 1032-1057. e _____. *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications. A Study in the Economics of Internal Organization*. Collier Macmillan. 1975.

⁵⁴ DEMSETZ, Harold. *The Exchange and Enforcement of Property Rights*, *Journal of Law and Economics*. v. 7, out. 1964. pp. 11-26. e, também, _____. *Some Aspects of Property Rights*. *Journal of Law and Economics*. v.9, out. 1966, pp. 61-71.

⁵⁵ As Escolas de Direito que, hodiernamente, participam do movimento Direito e Economia e, em especial, a visão reformista ou revisionista, podem ser estudadas in MERCURO, Nicholas Op. cit..

⁵⁶ O tema, pode ser amplamente observado ULEN, Thomas S. *et alli Derecho y Economia : Temas Resueltos y Cuestiones Pendientes*. in MERCURO, Nicholas Op. cit. pp. 243-276.

⁵⁷ ULEN, Thomas S. *et alli Derecho y Economia : Temas Resueltos y Cuestiones Pendientes*. in MERCURO, Nicholas Op. cit., pp. 246-247.

como unidade de análise, o instituto do contrato, seus limites e hierarquia, a importância da ação coletiva, incertezas e expectativas econômicas, dentre outras variantes. A perspectiva da *nova economia* ou *Property Rights* questiona, em última análise, a possibilidade de inversão da riqueza segundo sua melhor utilização - eficiente - a ser determinada pelo Direito em desfavor de manutenção de um critério outro que não o citado inerente à eficiência para determinar o direito adquirido.

A base teórica deste enfoque está no fato de que, aos indivíduos, cabe agir racionalmente na busca de utilidades que se apresentem mais baratas; entretanto, os preços e as rendas disponíveis são determinados pelo Direito de Propriedade⁵⁸. Ocorre que a propriedade privada implica em uso e desfrute de um recurso de forma exclusiva, sendo transferível conforme a vontade manifestada no contrato. Quando ocorrem custos altos de transação verificam-se novas formas de associação e administração dessa propriedade, chegando-se, por fim, à implementação, inclusive, da regulamentação pública.

Partindo do referencial econômico da escassez de recursos e de ilimitadas necessidades, a propriedade deve ser distribuída de forma eficiente seja privadamente, seja coletivamente. Não obstante, muitas vezes, isso não ocorre pois, se coletiva, a propriedade desestimula a ação individual e, se privada, obstaculiza o uso eficiente pela inércia do proprietário. A orientação capitalista, no entanto, defende que os direitos de propriedade privada são superiores⁵⁹ ao da propriedade comunitária ou pública uma vez que a possibilidade de transferência estimula a manter a propriedade produtiva ou atrativa para que possa capitalizar lucros quando da possível venda futura.

Três condições de eficiência da propriedade tradicionalmente são aceitas; quais sejam, *possibilidade de transferência, direito de exclusão e universalidade*.

A *transferibilidade*, para o economista significa a saída da propriedade de um uso de baixa lucratividade para outro de alta lucratividade.

O *direito de exclusão* impede a outra pessoa, que não investiu na propriedade, dela desfrutar em prejuízo do proprietário diligente.

O direito de propriedade deve, ainda, ser *universal* valendo para todas as propriedades sujeitas ao limite território-legal.

⁵⁸ Entenda-se Direito de Propriedade como direitos, (títulos) dos indivíduos ao uso dos recursos. Estes direitos são criados e respeitados não só mediante normas jurídicas e pelo poder do Estado, mas por convenções sociais.. in MERCURO, Nicholas Op. cit., p. 19.

⁵⁹ Entenda-se a superioridade no sentido de eficiência em que não pode haver melhor distribuição da propriedade que leve à melhora de condição de alguém sem prejudicar outrem.

Exemplificativamente, ao ser analisado o clássico exemplo da indústria de pescados é verificável uma utilização inadequada da riqueza não apropriada de forma privada. Pelo fato dos estoques de peixe não serem de ninguém, não há estímulo para seu uso racional e, em não havendo controle estatal, tem-se a depredação dos cardumes.

Economicamente, pois, se procura demonstrar que a propriedade privada e a acumulação capitalista são eficientes, uma vez que levam ao crescimento econômico, na suposição da existência de direitos exclusivos, sem desconsiderar que a intervenção estatal, limitando o exercício de propriedade, pode aumentar a eficiência em certos casos tais como na regulação da pesca. A partir desta constatação, os neoinstitucionalistas recorrem à lição de Coase propugnando a internalização de custos externos de transação. Insatisfeitos em considerar os sistemas de propriedade cabalmente definidos e dados, distribuídos em mãos privadas e intercambiáveis sem custo, os neoinstitucionalistas, defendem a adoção de critérios racionais de maximização de utilidade e de riqueza para redefinir os direitos de propriedade que, inclusive, em circunstâncias de altos custos de transação impedem o livre curso de mercado e eficiência na alocação dos recursos e distribuição dos benefícios pelo uso de ditos recursos.

A metodologia utilizada pelos neoinstitucionalistas é a mesma da corrente tradicional; qual seja: individualismo metodológico, maximização de utilidade, racionalidade limitada e comportamento oportunista que leve, por fim, à eficiência na distribuição da propriedade que deve maximizar benefícios em detrimento dos custos de transação a serem absorvidos.

No Brasil, existe, publicada, contribuição importante à vertente neoinstitucional da LaE. Trata-se do trabalho de Neuza Vitale que traduziu a obra do Professor Frank H Stephen denominada Teoria Econômica do Direito⁶⁰.

Surge, então, importante decisão a ser tomada no sentido de opção por um sistema de propriedade distribuído eficientemente; mormente, quando se trata do setor público e, aí, ressalta a necessidade de uma abordagem específica: a *Public Choice*.

⁶⁰ STEPHEN, Frank H. *Teoria Econômica do Direito*. Op. cit.

2.3.3 - O ENFOQUE DA ESCOLHA PÚBLICA - *PUBLIC CHOICE*

A *Law and Economics*, sob o enfoque da *Public Choice*, está preocupada com o estudo da tomada de decisões governamentais para prover o *bem-estar social*, optando pela defesa de bens públicos, tais como, meio ambiente, qualidade de vida, defesa dos interesses do País, saúde, educação, etc.

Em última análise, é a utilização da Teoria Econômica aplicada à Ciência Política, na medida em que, por critérios de escolha, são definidos planos de ação objetivando maximizar opções dentro de uma perspectiva de escassez.

Destaca-se a obra do Prêmio Nobel James M. Buchanan⁶¹ *Custo e Escolha uma indagação em Teoria Econômica* onde discute-se a necessidade de escolhas coletivas em processos políticos que levem à otimização das diversas possibilidades em função do bem-estar e conforme à premissa de que o homem é egoísta, racional e maximizador de utilidades. Buchanan encabeça a chamada Economia Política de Virgínia juntamente com Gordon Tullock.

Se, coube, ao Estado, intervir, no mercado, como agente econômico ou regulador, tal qual afirmaram Pigou, Keynes e os intervencionistas do *Welfare State*, cabe, agora, através da *Public Choice*, fazê-lo de maneira eficiente. Os bens públicos devem ser colocados à disposição de forma que seus custos não comprometam os escassos recursos governamentais, ainda saciando os desejos e necessidades individuais no tempo e no espaço.

Dennis Mueller define *Public Choice* como:

(...) o estudo econômico de adoção de decisões que pertencem a situações de não mercado, ou simplesmente, a aplicação da economia à ciência política., ainda acrescentando como seus objetivos o mesmo que os da ciência política, da teoria do Estado, das regras dos comícios, do comportamento dos votantes, da política dos partidos, da burocracia, e assim sucessivamente. Contudo, a metodologia da eleição pública é a mesma que a da economia. O postulado do comportamento básico da eleição pública, igualmente que para a economia, é que o homem é um ser egoísta, racional e maximizador de utilidade. (em inglês no original).⁶²

A *Public Choice*, também, surgiu entre os anos cinquenta e sessenta, com trabalhos pioneiros de Anthony Downs, em 1957, e Duncan Black, em 1958,⁶³ firmando-se em 1966 com a criação de uma revista chamada *Papers on Non-Market Decision Making* que, em 1968, passou a ter a denominação *Public Choice*.

⁶¹ BUCHANAN, James M. . *Custo e Escolha Uma indagação em Teoria Econômica*. Op. cit.

⁶² MUELLER, Dennis C. *Public Choice*. Op. cit.

⁶³ MUELLER, Dennis C. *Public Choice*. Op. cit.; DOWNS, Anthony. *An Economic Theory of Democracy*. Op. cit. e BLACK, Duncan. *The Theory of Committees and ...* Op. cit.

Dentro de uma perspectiva positivista, a *Public Choice* está preocupada com o comportamento das entidades políticas e burocráticas quanto ao processo decisório e seu reflexo no mundo real em que os agentes maximizam interesses através de escolhas políticas reveladoras de comportamentos estratégicos e otimizadores. Assim, são analisados o comportamento dos representantes dos partidos políticos, dos eleitores e resultados políticos obtidos a partir do processo democrático ocidental.

No que diz respeito à teoria normativa da *escolha pública* verificam-se quais instituições ou medidas políticas devem ser adotadas para atingir metas definidas.

Por este enfoque de utilização da Teoria Econômica, em especial da Microeconomia, ao processo político, intentam-se a satisfação e maximização dos interesses próprios aos indivíduos e grupos de pressão política mais influentes através do processo decisório. Outros, no entanto, acreditam que, dentro de um processo político, a maioria pode optar por decisões indiferentes e autônomas em relação a gostos pessoais ou de grupos, ou mesmo, de ideologias.

O político ao atuar em busca de um mandato ou, ao legislar, em última análise é visto como um maximizador de interesse pessoal, portanto em busca de uma reeleição ou de popularidade o que, por fim, ainda o leva a ter de maximizar interesses de seus representados para manter-se em seu cargo.

Quanto à metodologia, a Economia Política de Virgínia utiliza da metodologia geral da teoria marginalista contemporânea, sendo observado, entretanto, que a análise dos sistemas cerrados de decisão política e de mercado deve ser feita de forma interativa incluindo, conforme expressa Mercurio e Ryan, *os indivíduos racionais maximizadores de utilidade que atuam não somente no mercado, mas, também participam do processo de tomada de decisões políticas para incrementar sua utilidade*. Assim, através de uma estreita ligação entre o tradicional mercado classicamente analisado pela microeconomia e o processo de decisão política, *os recursos podem ser alocados seja através do mercado ou do processo político pelos próprios indivíduos que atuam em diferentes níveis de habilidade*⁶⁴.

No concernente ao individualismo metodológico a *Public Choice* tem como pressuposto, tal como a clássica interpretação utilitária que, ao maximizar interesses individuais, por consequência, está a maximizar os interesses coletivos, ou seja, por dito entendimento, valores sociais não podem existir sem que, previamente, não estejam determinados interesses ou valores individuais em sociedade. Assim, passa a ser necessário um critério de consenso

⁶⁴ MERCURIO, Nicholas e RYAN, Timothy. *Law, Economics and Public Policy*, JAI Press. 1984.

unânime para a adoção de decisões e verificação dos interesses a serem perseguidos. Os teóricos da *Public Choice* adotam o critério de unanimidade de Pareto-Wicksell pelo qual uma modificação quanto aos direitos e normas só é possível em acordo unânime ou, em havendo dissidentes e prejudicados, segundo critério de compensação similarmente ao princípio de Kaldor-Hicks.

Em verdade, a busca da mudança é objetivada pela Escola de Virgínia em detrimento da tão só clássica opção entre políticas possíveis que a Teoria Econômica oferece. Em outras palavras, o enfoque normativo da teoria da *eleição pública* leva a uma mudança social ao propiciar mudanças políticas que, por sua vez, também, levam à maximização dos interesses sociais.

A *Public Choice* basicamente trabalha a possibilidade de adoção de políticas públicas que venham corresponder aos interesses individuais e coletivos de forma a operar-se uma opção política - escolha - entre possibilidades de custos variados em relação aos benefícios apresentados ou almejados⁶⁵

Se é verdade que a Teoria Econômica abriu portas para uma nova visão do Direito, não menos verdade é que seus pressupostos eficientistas determinaram reação intelectual que, inicialmente, como exceção, veio, inclusive, a se tornar tão importante quanto a regra. Diversas críticas foram feitas à LaE, sendo de destacar movimento que ficou conhecido por Estudos da Crítica Jurídica. - EJC. É o assunto da próxima abordagem.

2.3.4 - O ENFOQUE DOS ESTUDOS DA CRÍTICA JURÍDICA

Trata-se, agora, de um movimento acadêmico denominado Estudos da Crítica Jurídica ou Estudos Jurídicos Críticos - EJC - surgido em fins da década de setenta quando, mais precisamente em 1977, o professor Tushnet auxiliado por um Comitê Organizador em que participaram pensadores como Heller, Macaulay, Morton Horowitz, Duncan Kennedy, Rosenbluth e Roberto M. Unger dentre outros. Formaram uma rede de estudos de cunho político-filosófico destinada a uma crítica da situação político-ideológica vivida pelos EUA na

⁶⁵ Para um aprofundamento na questão da análise dos custos de oportunidade em relação aos benefícios de uma escolha política, e, em especial, para a apreciação do evoluir das teorias do valor perpassando as contribuições da Economia Clássica, da Economia Subjetiva da Utilidade Marginal e da tradição inglesa de F. A. Hayek, Wicksteed, H.J. Davenport, Knight, Robbins e outros, ver a obra, publicada no Brasil, de James Buchanan; assim como o trabalho em inglês dedicado ao estudo de uma teoria da escolha político-econômica a ser implementada constitucionalmente, in BUCHANAN, James M. *Custo e Escolha Uma indagação em...* Op. cit. e _____. *Constitutional Economics*. Oxford: Basil Blackwell Ltd., 1991.

década de sessenta em função dos movimentos radicais, então, observados a refletir um não consenso político. Destacam-se, como posicionamentos característicos desta Escola; o ataque a todo o tipo de formalismos e a retomada das idéias marxistas dentro de uma perspectiva utópico-teorética que contraria as perspectivas de um Direito e um Estado dominante em favor da manutenção de um *status quo* conservador. O professor Tushnet em seu convite aos novos estudos afirma verificar, o Direito, como instrumento de dominação social, econômica e política, justificador, pois, da prática de dominação dos poderosos que se legitimam em um ideário jurídico criado para submeter a vontade dos indivíduos. Diz, textualmente:

O direito é um instrumento de domínio social, econômico e político, tanto no sentido de apoiar os interesses concretos dos dominadores, assim como em legitimar a ordem social existente.

Este enfoque insiste no caráter ideológico da doutrina jurídica e, em consequência, se ocupa mais de sua estrutura interna do que do enfoque das funções latentes e sociais. Ao mesmo tempo, se preocupa por entender o efeito na prática - as formas na qual o "pensamento jurídico" serve às forças sociais dominantes restringindo-as. Com isso se suscita a ambição de estender a tradição da teoria social mais que aplicar simplesmente as idéias dos clássicos às realidades dos Estados Unidos. Finalmente, a premissa metodológica do novo enfoque consiste em que a teorização liberal moderna acerca da sociedade se vê acossada por contradições que são fundamentais e inevitáveis; neste sentido propõe um dilema existencial dramático mais que representar 'tensões' ou 'conflitos' suscetíveis de resolverem-se de maneira sensata. (em inglês no original)⁶⁶

Tratando-se o EJC dentro do amplo espectro da Análise Econômica do Direito, frize-se, no entanto, que se esta a lidar com enfoque crítico diferenciado daquele inerente à corrente posneriana. De fato, os EJC e a LaE diferem como movimentos acadêmicos interdisciplinares distintos que são. Enquanto a LaE de Posner utiliza do instrumental metodológico da Teoria Econômica para buscar a eficiência e maximização da riqueza, os EJC empregam seus métodos e técnicas fundamentados em fontes e disciplinas filosóficas tais como a Teoria Crítica, o Feminismo, o Estruturalismo e o Marxismo objetivando uma reformulação do Direito com vistas à democratização da tomada de decisões. De qualquer forma, ambos posicionamentos questionam a postura kelseniana formalista e bastante em si só como ciência pura desvinculada de todo um rico manancial social.

Em relação à necessidade de uma nova visão para o esgotado paradigma jurídico norte-americano, alguns pensadores assumem posição eminentemente contrária aos EJC e à LaE, uma vez que, são considerados *estudos perigosos e subversivos* por que podem significar a *morte do Direito, tal como o conhecemos em toda a história e como o temos admirado*, ou seja, como *ideal público*. Efetivamente, Fiss é um destes autores e adverte:

(...) tanto a escola de Direito e Economia como a dos EJC se unem em um rechaço à noção de direito como ideal público. Uma escola proclama que 'o direito é eficiência' enquanto que a outra assevera que o 'direito é política, mas nenhuma das duas está

⁶⁶ Invitation to First Conference on Critical Legal Studies. 17 de Janeiro de 1977. p.2.

disposta a tomar o direito em seus próprios termos e aceitar a adjudicação como uma convenção institucional na qual os funcionários públicos tratam de elaborar e proteger os valores que mantemos em comum. (em inglês no original).⁶⁷

Em repúdio à visão conservadora de Fiss, os EJC e a LaE podem ser vistos, sim, como estudos continuadores do questionamento intelectual iniciado nos anos vinte e trinta com o movimento jurídico-realista e que, atualmente, se faz ouvir através de discursos críticos que retomam a discussão interdisciplinar sobre o Direito e o contexto político-econômico-social, mormente, relevando a discussão acadêmico-intelectual.

Entretanto, como já lembrado, apesar de opostos ao pensamento jurídico tradicional, tanto os EJC quanto a LaE em seu sentido posneriano divergem em seus pressupostos. Enquanto a LaE faz crítica construtiva no sentido em que se pode utilizar da metodologia economicista para instrumentalizar o Direito, definitivamente, afirmando-o como ciência, os EJC vêm combater a ideologia juricista intentando desarticulá-la como instituição que corresponda aos reais anseios sociais. Possivelmente, deste caráter operativo de cada disciplina surge tendência a rotulações político-ideológicas. É um equívoco, entretanto, rotular os EJC como movimento radical de esquerda enquanto a LaE como posicionamento conservador e reacionário de direita. Há que se avançar sobre estes estereótipos extremados. Não se trata de optar por esta ou aquela ideologia, precipuamente, trata-se de avançar no estudo de caminhos suficientes para o entendimento das relações sociais.

Se é verdade que a LaE favorece a economia de mercado, implementando a eficiência juntamente com a perspectiva coaseana de possibilidades de transações ilimitadas a despeito da distribuição inicial de direitos de propriedade quando os custos de transação estão zerados; contrariamente às idéias pigouvianas de *Economia do Bem-estar* a qualquer preço; o movimento EJC, por outro lado, realmente oferece nova intervenção crítica e radical enquanto analisando o sistema jurídico como mantenedor de relações de produção espoliativas, desequilibradas e, enfim, opressivas. Assim, intentam, os EJC, demonstrar quanto o discurso jurídico dominante, incluindo a nova LaE, pretende encobrir as desigualdades políticas e econômicas inerentes ao sistema econômico-social norte-americano.

Minow apresenta os EJC como Escola preocupada em explicar de forma ampla e aberta as possibilidades dinâmicas que se sucedem no discurso jurídico segundo preferências históricas, princípios e valores determinados afirmando que:

⁶⁷ FISS, Owen M. *The Death of the Law?* Cornell Law Review. v. 72, n° 1, nov 1986, pp. 1-16.

(...)a escola dos EJC pode identificar-se por seu comprometimento de explicar, tanto que as doutrinas e princípios jurídicos são de textura aberta e capazes de oferecer resultados contraditórios, tanto como os pareceres jurídicos expressam uma dinâmica interna da cultura jurídica que depende das preferências históricas com respeito a determinados valores e supostos. (em inglês no original).⁶⁸

Citando, ainda, Minow são identificáveis quatro tarefas básicas que caberiam aos estudiosos dos EJC a saber:

1) o estudioso crítico trata de demonstrar a indeterminação das resoluções jurídicas: qualquer conjunto de princípios jurídicos pode ser utilizado para proporcionar resultados competitivos ou contraditórios; 2) o estudioso crítico se dedica à análise histórica, sócio-econômica para identificar a forma em que as instituições econômicas entrencheadas, classes sociais e grupos de interesse particulares se beneficiam das resoluções jurídicas apesar da indeterminação das doutrinas jurídicas, 3) o estudioso crítico trata de explicar a forma em que a análise jurídica e a cultura legal desorientam aos intrusos e legitimam seus resultados e 4) o estudioso crítico pode aclarar as visões sociais caídas em desuso agora ou anteriormente e defender sua realização na prática política ou jurídica em parte integrando-as em seu discurso. (em inglês no original).⁶⁹

Ao contrário da LaE, para os EJC, o comportamento racional economicista implica em artifício ideológico que intenta justificar, como escolha privada racional, as desvantagens e privilégios instituídos a partir de uma concepção de mundo que, naturalmente, reflete a posição dominante e politicamente imposta e que perpetua as desigualdades econômico-sociais. Os teóricos dos EJC procuram desmistificar a posição conservadora, dominante e ideológica criada em cima de uma construção jurídicista e legalista que se encerra no *senso comum teórico dos juristas*⁷⁰ a justificar uma prática de exclusão dos desfavorecidos em meio a um discurso em que o referente fica perdido pois o significante olvida-lhe em função da formação de um significado comprometido com a ideologia dominadora. Em função do exposto, os operadores jurídicos reproduzem um discurso vazio em relação ao meio social mas direcionado a um fim claro para os estudiosos dos EJC que é a alienação aos desejos sociais reais em função da manutenção do *status quo*.

Apesar das divergências metodológicas, tanto os EJC como a LaE contrapõe-se a um estado negativo em que se encontrou o Direito norte-americano. Ambos movimentos são tidos como pós-realistas e mesmo como oriundos da crítica realista contra a chamada *jurisprudência mecânica* perpetuante do formalismo e do conceitualismo que levavam à ignorância empírica, à abstração doutrinal e à valores sociais opressivos, verificada a partir dos anos vinte e trinta.

Diferentemente, no entanto, da LaE, os EJC constituem um ataque às instituições

⁶⁸ MINOW, Martha. L. *Law Turning Outward*, Telos. v. 73. 1987.p.82.

⁶⁹ *Op. cit.* pp. 83-84.

⁷⁰ A questão de um senso comum teórico dos juristas pode ser abordada através da obra do professor Warat que ensina :

(...) A ciência jurídica, como discurso que determina um espaço de poder, é sempre obscura, repleta de segredos e silêncios, constitutiva de múltiplos efeitos mágicos e fortes mecanismos de ritualização, que contribuem para a ocultação e clausura das técnicas de manipulação social.(...) Respalda na funcionalidade de suas próprias ficções e fetiches, a ciência do direito nos massifica, deslocando permanentemente os conflitos sociais para o lugar instituído da lei, tornando-os , assim, menos visíveis. in WARAT, Alberto Luis .*Introdução Geral ao Direito. Parte II : A Epistemologia Jurídica da Modernidade*. Porto Alegre : Sérgio Fabris. 1995. pp. 57-100.

jurídicas na medida em que estas legitimam o Estado liberal mantenedor do *status quo*, formal e opressivo. Trata-se de um movimento considerado neomarxista em que o Direito é visto como instrumento de dominação, discurso retórico que domina e convence os dominados a aceitarem as imposições de forma natural apoiando o sistema que lhes oprime.

Delimitadas algumas idéias gerais e contextualizadoras da amplitude dos estudos da LaE enquanto movimento abrangente de diversificados pontos de vista de cunho economicista, seja favorecendo ou contrariando esta perspectiva, faz-se, agora, necessário direcionar a abordagem para o enfoque Tradicional da LaE, qual seja, o Posneriano.

Assim sendo, no próximo tópico são abordadas as reais possibilidades da LaE, estimulando seu estudo, inclusive, através do sistemático preparo filosófico para seu cabal entendimento. Se é verdade que a LaE desenvolve-se em continuidade ao movimento realista-jurídico norte-americano como reação pós-realista ao estado de formalismos jurídicos de maneira a propor uma *reconstrução* da *Common Law*; também é verdade que trata de um movimento concretizado em uma tradição científica e filosófica que lhe afastam do casuismo ou de ser mero modismo conjuntural.

A LaE trata de uma reação teórico-científica que reconstrói a *Common Law* a partir de um marco teórico bem definido e racional. De fato, a nova visão do Direito passa a colher seu embasamento filosófico-científico na Ciência Econômica e nas suas máximas eficientistas assim como na filosofia pragmática norte-americana que, por fim, justifica uma ética racional. É o que se deseja analisar a partir de então.

2.4 - DAS POSSIBILIDADES DA *LAW AND ECONOMICS* E SEU EMBASAMENTO FILOSÓFICO

2.4.1 INSTRUMENTALIZAR O DIREITO ?

Preliminarmente, é interessante registrar algumas palavras a respeito da onticidade - ou não - do Direito e da Economia com fins a justificar a análise interdisciplinar que ora se apresenta.

Três visões podem ser verificadas em relação aos fatos que são reais uma vez possíveis de apreensão sensorial; uma objetiva, ontológica, outra subjetiva e uma terceira em que os fatos são vistos em um processo de auto-realização. A questão que se coloca é a da existência

dos objetos antes da consciência ou a sua construção a partir da observação do sujeito.

A filosofia ontológica Platoniana, Aristotélica e, também, seguida por São Tomas de Aquino parte do pressuposto da existência do ser. Dessa forma, esse ser existe segundo ordenamento natural e que é indisponível ao critério humano. Nesse sentido, apreende-se que existam leis naturais a determinar os comportamentos tais como as leis econômicas de maximização dos interesses e, inclusive não a contra-senso, as leis jurídicas que determinam a justiça. O homem, como ser social, está definido segundo uma ordem natural de coisas e relações que independem de sua vontade e arbítrio. O Direito e a Economia existem, pois, não por consciência dos homens em relação as suas leis, mas, efetivamente pelo fato de serem estas preexistentes e verdades totalitárias e dadas.

Contrariamente ao aspecto existencialista, é verificável, a visão construtivista em que o ser não existe enquanto não construído pelo processo de tomada de consciência. Agora, ao pensamento filosófico, apenas interessa, no mundo, o que é perceptível e apropriado pela consciência humana a partir da observação feita pelo sujeito que desconfia e duvida, questionando a respeito do objeto. René Descartes, em sua *Meditationes de prima philosophia* (1641), inicialmente, defende a apuração racional e empírica pelo método adequado da fenomenologia. Portanto, já, aqui, o estudo filosófico não se dirige ao ser - objeto em si mesmo, mas ao sujeito pensante e sua tomada de consciência; sendo que o método utilizado passa a ser uma teoria do conhecimento. Em outras palavras, não se verificando a onticidade das leis jurídicas - de uma busca de justiça - e das leis econômicas - uma busca de eficiência, a teoria Geral do Direito e a Teoria Econômica passam a ser meros métodos de percepção que tornam possível o conhecimento ou tomada de consciência.

A terceira possibilidade, para filosofar a respeito, trata do estremecimento existencial do homem perante as situações limites da existência que, como fenômenos inexoráveis, estão a urgir um posicionamento por parte deste ser - homem; em que, a não ser uma atitude de inércia, resta-lhe tomar posição frente aos ditos fatos conforme suas possibilidades em função da realização de si mesmo. Segundo Radbruch, no Direito, diz-se ser qualidade de *um bom jurista proceder plenamente consciente em todo o momento de sua vida profissional de que sua tarefa é algo necessário e, também, algo profundamente questionável*. (em alemão no original).⁷¹

⁷¹ RADBRUCH G. *Rechtsphilosophie*. 8ª ed. 1973. p.204.

Assim, nesta última corrente filosófica, não há lugar para *a entorpecedora bebericagem do copo kelseniano* em detrimento, pois, de uma salutar atitude interdisciplinar no campo jurídico. Condena-se, assim, tanto ao positivista, em que o dogmatismo cego pode levar às barbáries da lei injusta, como ao jusnaturalista, que na impossibilidade de uma definição exata e cabal de seus princípios metafísicos incorre, possivelmente, em arbítrio; causando, ainda, insegurança jurídica.

Exemplifica-se o primeiro extremo com a impossibilidade de quebra de sigilo bancário em função de expressa disposição legal garantida na Constituição Brasileira de 1988, artigo 5º, X quando estão em jogo interesses nacionais prejudicados pela ação maléfica de um oportunista que joga com o sistema jurídico. Em relação à segunda hipótese, tem-se, v. g., a questão da implementação do realismo jurídico nos EUA que não oferece um tratamento ao Direito capaz de identificá-lo, dentro da ótica de uma Teoria Geral; levando, inclusive, à adoção da LaE como forma de legitimar o discurso dando-lhe coerência e universalidade, já que, então, o único critério a permanecer como fator de justiça passa a ser a eficiência limitante da disposição judicial, tal como, teoricamente a lei o faria em relação à *Civil Law*.

Na verdade, ainda Radbruch ensina que⁷² *cada época tem que escrever de novo sua própria ciência jurídica*. Aqui, deduz-se que, se realmente existem princípios metajurídicos, estes podem não estar totalmente apropriados pelas legislações - *Civil Law* e pelos entendimentos judiciais - *Common Law* ou, ainda, podem caracterizar meias verdades que, com a evolução dos fatos, vão sendo reveladas - ou, muitas vezes, escondidas em função de interesses outros. De outro lado, acreditar em um Direito puramente casuístico e construído a partir do sujeito e sua observação é exigir de um ser falho - o homem - o comportamento de um Deus.

Estando-se, pois, a construir uma nova ciência jurídica para a entrada de milênio, há de ser considerado o fato real e certo de que o Direito posto e tradicionalmente instituído não satisfaz os anseios populares, não é eficiente, não é fruto do trabalho de *Deuses no Legislativo*⁷³ e, gravemente, está afastado, cada vez mais, do *fenômeno ocorrido nas ruas* em função de um romantismo formal que o leva ao desprestígio.

Os extremos, neste caso, são nefastos, pois nem se pode partir de um absoluto entender

⁷² *Op. cit.* p.222

⁷³ Inclusive, no caso de alguns Países, menos afortunados, os *pseudo-Deuses*, no Olimpo legislativo, barganham, tal como reles mortais, tetos salariais pessoais em função de, com seu *condão mágico de positivismo* revelar, aos *descamisados* - perdoe-se, aqui, a lembrança e mixagem de metáforas - toda a existência de uma Ordem jusnatural de orientação jurídica.

do Direito como objeto em si terminado e existente, pois sua ontologia não pode ser totalmente apreciada em função da debilidade do admirado homem que, é verdade, embora não o percebendo totalmente, o intui em seu âmago e o busca em suas relações sociais; nem se pode reduzi-lo ao subjetivismo do *legislador do Olimpo*. Entretanto, de uma ou de outra forma, os fenômenos sociais estão aí para serem apreciados pelas leis e pelos tribunais - e, aqui, é possível lembrar da importante contribuição positivista que, se não fosse tão drástica em seu *modus operandi*, seria legítima solução - qual seja a de que o judiciário não pode escusar-se de apreciar causa em hipótese alguma que lhe seja submetida; o que, convenha-se, é válido; entretanto, questionável quanto ao grau de eficiência desta intervenção. Em outros termos, está questionado, se a intervenção do Estado, através de sua *longa manus* jurídica, é capaz de retirar os indivíduos - em conflito - da rua, enclausurá-los em um prédio ostentador⁷⁴ do poder e, em uma de suas salas, submeter ditos cidadãos a uma lei feita em outras paragens - no *Olimpo* - de forma que, no final de um ritual - estranho, mas atual, inclusive, com o uso de tecnologia de ponta - microcomputadores, instrumentos sofisticados para apuração de provas - lembre-se, aqui, das maravilhas propiciadas pelos laudos computadorizados e pelas horas de montagem e realização das filmagens dos *longa-metragens* de sucesso ao estilo Favela Vigário Geral - Brasil 1997 ou, ainda A CBF e a fita da corrupção - Brasil 1997, ... - como dizia-se, no final desse estranho ritual, alguém em nome de um poder *diz* o Direito para os envolvidos de forma que estes dali saiam como se o conflito não mais existisse ou tivesse sido reparado cabalmente.

Parece que, hodiernamente, o *fetichismo da lei* ou o *mito jurídico* não soluciona realmente o conflito social. Não se consegue, como que por *passagem mágica* transformar o conflito real em um ritual jurídico de forma eficiente a traduzir satisfação para os *atores* envolvidos, incluindo judiciário em imediato e legislativo mediatamente.

Se, como dito, os fatos sociais estão à porta dos poderes instituídos, porém, sem cabal solução, cabe, além da possível crítica, apresentar soluções concretas. Não retomando a interminável discussão sobre a onticidade ou não do Direito, mas supondo-o necessário na

⁷⁴ Cabe lembrar que certos aspectos da arquitetura urbana demonstram, em uma leitura mais profunda, a maneira como as relações de poder são vistas pela sociedade. Um exemplo pode ser lembrado quando, ao alguém entrar em uma repartição pública, são observados guichês cujos vidros, além de impedirem o contato direto do cidadão comum com o representante do poder público, ainda fazem com que o primeiro permaneça curvado diante do segundo para falar junto à pequena abertura ou para entregar algum objeto.

No mesmo sentido, a grandiosidade arquitetônica e suntuosidade dos Tribunais representa a onipotência do poder que, para ser alcançado exige, do cidadão comum, um olhar para o alto das grandiosas escadarias e conseqüente esforço de transpô-las para, por fim, após vencidas todas as barreiras burocráticas que legitimam o mito instituído conseguir, o dito cidadão comum, o favor de ver apreciado seu pedido.

Se, por ventura, é drástica a análise, aqui, feita, e sendo reconhecidas possíveis mudanças comportamentais, pelo menos, seja aceita a veracidade de tais observações quando da construção de igrejas, palácios e tribunais em outros tempos distintos dos atuais.

solução das situações cruciais em termos de relacionamento humano, é dever tentar instrumentalizá-lo para uma real e eficaz atuação no meio social. Nesta apreciação, surge, a LaE, como real possibilidade que faz urgir alguns comentários sobre a Ciência Econômica.

Tal como, no Direito, a Ciência Econômica parte de um pressuposto de verdades metafísicas e naturais - leis econômicas - bem como de apreciações subjetivas construídas a partir da observação do sujeito, sendo, assim, em última análise, uma forma de ver ou visão de mundo onde, no caso de uma perspectiva capitalista, o pressuposto inicial é a escassez.

Cabe lembrar que é infrutífera a discussão sobre a existência ou não de escassez, pelo menos em termos deste trabalho, partindo, do suposto de que não se esta a, por assim dizer, inventar a LaE e, muito menos, o Direito e a Economia. No entanto duas palavras sobre a escassez.

Se, realmente, existem infinitas possibilidades de saciar necessidades, deve ser levado em conta, que, em última análise, pelo menos até o momento, limitam tais possibilidades aspectos de tempo e espaço quando não, a própria inexistência de bens e serviços disponíveis.

Alguns pensadores alegam não existir escassez, pois os bens, se melhor distribuídos, são suficientes para a humanidade e que, inclusive, o próprio sistema econômico esta a criar situações de falta para, por exemplo, manter níveis de preços - lembre-se do, já citado, exemplo da queima de café no Brasil dos anos vinte e trinta. Não descurando dessa possibilidade, entretanto, o fato é que; dentro da distribuição de bens e serviços que é verificada tanto em espaço - por exemplo, através da delimitação de fronteiras entre os Estados-nação - como em tempo - considerando a não disponibilidade imediata - é verificável escassez inquestionável.

A não ser que barreiras alfandegárias, políticas, institucionais e outras de caráter econômico sejam *quebradas* - lembre-se das possibilidades da política neo-liberal globalizante - impossível é a plena mobilidade dos fatores de produção em nível, local e regional, quiçá, mundial. A realidade, pois, é de uma distribuição desigual desses bens e serviços que, por consequência, gera escassez. Logo, é, plenamente, possível estudar a Ciência Econômica e sua racionalidade.

Apenas, a título de *inflamar* possível discussão; ainda não há um pleno convencimento de que exista uma situação utópica delimitadora de um mundo sem fronteiras políticas - ou caracterizado por grandes blocos geoeconômicos - em que o homem, irmanado em um ideal altruísta; possa obter total satisfação, sendo, ainda, verificado um evoluir da sociedade a partir

de um equilíbrio, naturalmente, aceito. Confessa-se que tal pensamento contraria princípios de ordem religiosa como, por exemplo, a Cristã, o que tem de ser considerado. Por outro lado, reconhece-se que a acumulação propiciou os grandes avanços tecnológicos da humanidade seja no capitalismo da livre empresa, seja na experiência do socialismo real onde o *Comitê estatoburocrático* determinou, por exemplo, o direcionamento de recursos na manutenção de um grandioso e eficiente aparato militar e espacial em detrimento da não evolução em outros setores como o dos eletrodomésticos⁷⁵.

Outro argumento a ser pensado em relação à satisfação das necessidades é o do professor de economia Thomas Robert Malthus em 1798 que difundiu, dentre outras, a idéia de que, *a população, quando não controlada, cresce numa progressão geométrica, e os meios de subsistência numa progressão aritmética*.⁷⁶

Partilhando de uma visão pragmática, necessário, é eliminar as abstrações em função de uma apreciação do real seja qual for. E o fato é que, em função ou não de uma política de exclusão, a pobreza, a necessidade e a carência estão presentes no mundo hodierno. Concorde-se, portanto, que, dentro de uma perspectiva institucionalizada de Estado-nação, de uma dada distribuição de riquezas, de uma coexistência político-social embasada nas premissas capitalistas ocidentais e, de relações humanas econômicas embasadas na troca, através do recurso monetário e com a premissa de livre iniciativa e possibilidade de ganho da mais valia como lucro, *a escassez é real e o desperdício é imoral*.

A Ciência Econômica, tal como o Direito, surge como visão de mundo a explicar as relações sociais e, se a primeira leva à desigualdade e à busca de eficiência individual, onde, tal como no citado caso dos vasos comunicantes da distante aula da professora de ciências naturais, alguém perde, para outrém ganhar - visão mercantilista - ou alguém investe para outrém retribuir - keynesianismo - ou, ainda, alguém pode ganhar de forma que outros não percam - eficiência paretiana - ou, por fim, alguém pode ganhar compensando os que perderam; a segunda Ciência, o Direito, busca apaziguar os conflitos que, segundo a LaE, podem ser resolvidos através dos métodos inerentes a sua origem em relação a uma opção de escolha quanto ao agir com correspondentes consequências econômicas. Instrumentaliza-se, pois, o Direito com a Economia o que, por sua vez, leva a diversas possibilidades.

⁷⁵ Referência à experiência do socialismo real soviético.

⁷⁶ MALTHUS, Thomas Robert. *Princípios de economia política : e considerações sobre sua aplicação prática; Ensaio sobre a população. Notas aos princípios de economia política de Malthus/ David Ricardo*; apres. Ernane Galvêas; trad. Régis de Castro Andrade, Dinah de Abreu Azevedo e Antonio Alves Cury. Coleção Os Economistas. São Paulo : Abril Cultural. 1983.. p.283.

O fato, no entanto, é que os cidadãos que buscaram o Direito em algum Tribunal - como aquele das suntuosas formas arquitetônicas, há pouco referido - ainda estão na sala do magistrado, que por sua vez, pensativo e apreensivo aguarda que o *legislador do Olimpo* decida o que é o Direito a ser *dito*. E, realmente, urge que, após decorridos os prazos judiciais, em que o próprio sistema apazigua as partes pelo *cansaço ou desilusão* de aguardar para que os processos *caminhem* de gaveta em gaveta; ou, talvez de prateleira em prateleira, manifeste-se o dito magistrado com ou sem a lei.

Alguns atentos leitores alertariam: Alto lá! Mais vagar no andar! Pois sob o afogadilho do momento decisões injustas e arbitrárias podem ser tomadas, e ademais, se não existe critério preciso de justiça - enquanto analisada sua onticidade - não existe, conseqüentemente, uma Teoria Geral do Direito. Às prateleiras com o processo! Tempo ao tempo para novos estudos!

Outros, porém, alegariam: Tem-se que *dizer* o Direito! Tem-se que prestar o serviço da jurisdição ao jurisdicionado, mesmo que recorrendo aos Princípios Gerais do Direito, à analogia e à equidade e, mesmo que o juízo não domine o assunto questionado, pois, afinal de contas, para isso existe a *mão do perito*. Além do mais, a decisão deve ser fundamentada justificando o critério escolhido, seja qual for e, havendo insatisfação, cabe, sempre, a possibilidade de um recurso. Esvaziem-se as prateleiras de imediato!

Por fim, Posner e os juristas - economistas diriam, muito especialmente, aos juristas da *Common Law*:

Se não há um critério unívoco de decisão jurídico-legislativa, se o fato esta presente para ser julgado e se, ainda se deve partir de premissas sociais inerentes ao *modus vivendi americano* - pragmatista e racionalista para obter solução realista do conflito social; resta criar uma Teoria Geral do Direito identificando este com a eficiência da Ciência Econômica; já que, a racional escolha será, sempre, aconselhável devendo ser tomada em detrimento de qualquer outro valor. Julguem-se, pois, os processos, segundo as premissas de comportamento economicista!

Posner, em verdade, parte da premissa de que, em qualquer situação, a escolha do indivíduo será feita considerando em um cálculo utilitário a melhor das oportunidades como a mais eficiente e justa.

Calabresi, à sua vez, aceita o fato de que, além da eficiência, outros valores sociais levam o homem a decidir e que, por vezes, sua decisão contradiz o critério de racionalidade custo/benefício em função de uma escolha não maximizadora, mas valorada segundo seus

critérios pessoais e axiológicos.

Por fim, outros criticariam as duas posições anteriores afirmando que, acima da eficiência, sempre restaria um *Direito natural*, metafísico e imanente ao ser, ou, ainda, também, restaria um discurso jurídico construído que, não invadido pela torrente politiquêira e economicista, expressasse o perfil axiológico-social *justo* para aquele momento dado naquela sociedade analisada.

Tornam-se, então, interessantes as abordagens diversas da LaE, embora feita opção, neste estudo, pela versão posneriana; não deixando, *in albis*, as visões de Calabresi e a crítica a partir de pensadores como Habermas, Rawls e Dworkin.

No que concerne à escolha da Economia como instrumental analítico/interpretativo na Teoria Geral do Direito, parece que, se não pode ser tida como derradeira solução a resolver a questão filosófica do conceito e determinação do Direito, pode, perfeitamente, servir como critério válido para estipulação das regras de um *jogo* cujas *cartas* estão *na mesa da globalização* de forma a instrumentar judiciário e legislativo com *blindados*⁷⁷ adequados para a batalha em função do justo.

2.4.2 DAS POSSIBILIDADES DA *LAW AND ECONOMICS*

A introdução do pensamento economicista caracterizou uma real necessidade de modificação do sistema da *Common Law*. Em havendo uma resposta por parte do Realismo Jurídico norte-americano ao extremo formalismo e ineficiente Direito de cunho privatista que, então, se mostrou inadequado aos novos tempos intervencionistas do *New Deal*, esta, por fim, mostrou-se, também, questionada.

O realismo intentou ajustar os interesses de uma legislação intervencionista com a liberdade dos julgadores acostumados à formação de uma jurisprudência livre característica de

⁷⁷ O termo blindados faz alusão ao fato de que uma das últimas incursões militares de unidades hipo-montadas contra unidades de cavalaria blindada ocorreu durante a Primeira Guerra Mundial. A romântica investida dos cavaleiros poloneses contra a potência dos carros de combate de uma Divisão alemã levou a um massacre inevitável.

Não mal comparando, seja visto o Direito codificado no Brasil. Em tempos atuais, verifica-se que, v. g. , no caso do Direito Penal, não se preparou e não se atualizou o Código Penal para as artimanhas técnicas e, mesmo, jurídicas que burlam os dispositivos; perpetrando a impunidade vista nos noticiários. Assim, não se cogitou de delitos específicos e tão ardilosamente astuciados na informática, no campo econômico - com os chamados crimes do colarinho branco e em outros delitos; ou, ainda, não se fizeram as construções teóricas necessárias, no Direito Contratual, como o aperfeiçoamento de *franchisings*, *leasings* e outras formas de transmissão ou utilização da propriedade bem diversas das tradicionais inerentes ao uso da propriedade individualizada do Código Civil.

Instrumentar o Direito é fornecer a *armadura blindada* que tome combativos, legisladores e juristas, às injustiças causadas por indivíduos que racionalizam procederem além de utilizarem do próprio Direito e de suas regras de modo a obterem, maquiavelicamente, resultados escusos de seu discurso.

um sistema consuetudinário de Direito. Assim, dentro de um quadro de consenso político, prosperou o consensualismo jurídico até que, já nos anos sessenta, a instabilidade político-social novamente levou a um questionar da práxis jurídica.

Os movimentos sociais internos em defesa das minorias, as desavenças raciais, o feminismo, as disputas políticas e a conseqüente quebra da unanimidade norte-americana; além dos fracassos na política externa em que o Vietnã é um exemplo levaram, dentre outras coisas, ao repensar jurídico. Como se não bastasse, estavam os juristas perplexos em um caudaloso mar de legislações de cunho intervencionista e de uma não menos vasta coletânea de *jurisprudential cases* que não identificavam uma unidade lógica; um Direito autônomo enquanto ciência. Havia de ser feito algo e, na década de sessenta, optou-se pelo repensar da *Common Law* em termos econômicos. O movimento não foi unânime e muito menos uniforme, mas uma idéia básica tomou a cabeça dos pensadores; qual seja, a idéia da possibilidade de inserção das máximas da Teoria Econômica para a análise do Direito. Objetivou-se, assim, no mínimo, dar à *Common Law* unidade metodológica e universalidade aos seus princípios e julgados a partir do critério efficientista. Já não havia, então, mais lugar para a arbitrariedade dos julgados e nem para a prática política nos tribunais em função da univocidade de critério que, já, agora, passou a ser o racional efficientista. A idéia foi em maior ou menor intensidade adotada e assimilada conforme visto no desenvolver dos diversos enfoques teóricos vindo, já nos anos oitenta, a assumir importante influência no meio acadêmico e jurídico norte-americano.

Não desconhecendo as peculiaridades político-institucionais dos EUA e nem mesmo deixando de atentar às premissas da *Common Law*; tem-se de relevar as possibilidades do avanço teórico-prático carreados para aquele Direito com a inserção do instrumental racionalista da Ciência Econômica. Esta forma de proceder é justificável, senão pela possibilidade interdisciplinar de observar e fundamentar o Direito, pelo fato de, em sendo o discurso jurídico-economicista atual e vigente na ordem Jurídica capitalista norte-americana, ser necessário acompanhar os fatos que estão difundidos pelo mundo capitalista segundo a visão dos homens daquele País.

Não se pode deixar de aceitar a realidade das injunções que cercam os diversos países, e, em especial o Brasil, que estão submetidos a uma ordem econômica internacional neoliberal, capitalista e globalizante onde relevante importância têm os estudos econômicos para o entendimento dos fenômenos sociais. E se tais influências pairam externamente, também,

dentro das fronteiras problemas de cunho eminentemente econômicos requerem um repensar social que, se não tome a Ciência Econômica como *ultima ratio*, levando a um extremismo intolerável, não pode deixar de considerá-la. A LaE surge, pois, como opção para um repensar do Direito sem, contudo, destruí-lo, mas, dando-lhe significação em relação aos fatos presentes, amargos ou não, mas, verdadeiramente, reais.

Tem-se, assim, que, ao reinterpretar ou, mesmo, reestruturar, o Direito, como de resto todo o sistema econômico-político-social vigente em determinado país, é possível deparar com duas hipóteses de escolha:

I - condenar-se esse sistema econômico-político-social; que, no caso capitalista-democrático-liberal, está legitimado em um ideário jurídico para o exercício de uma prática competitiva de mercado, mormente, se considerada a LaE como discurso jurídico.

II - utilizar-se do próprio sistema econômico para, a partir de uma visão e uma ação nele internalizada e, com senso crítico, reestruturar o Direito nele vigente, analisando-o, por exemplo, à luz da Teoria Econômica. Acredita-se que, mesmo considerado um discurso situacionista, conservador, pode propiciar a todos - privilegiados e não privilegiados pelo próprio sistema econômico - instrumental lógico-formal que possibilita a busca do equilíbrio jurídico-econômico que, por sua vez, leva à justiça dentro de uma ética específica técnico-racionalista. A eficiência passa a ser critério que, se favorece os sempre agraciados com a seguridade jurídica, também os expõe em favor de quem desafie-os mais eficientemente. Objetiva-se, por fim, nesta batalha jurídico-formal o uso ético da riqueza em sua melhor possibilidade, ainda restando, ao legislativo, coordenar o uso eficiente e a distributividade da renda, quando da elaboração de normas e ao judiciário, quando da apreciação do caso concreto.

Simplificando as hipóteses acima expressas pode ser dito que cabe ou o combate às instituições de forma a substituí-las por outras que, certamente, não incorrerão em unanimidade e, portanto, ainda serão passíveis de novo questionamento ou a análise de ditas instituições dentro de sua própria estrutura, porém com visão de mundo inovadora - com *olhos de ver e ouvidos de ouvir* - para uma reformulação conforme aos instrumentos disponíveis de forma que seja possível a reelaboração do instituído a partir da experiência colhida e do cientificamente apreendido, anteriormente, sem voltar ao zero institucional.

Acredita-se que a segunda opção é a melhor. Tem-se, de fato, através da *Law and Economics* uma real possibilidade de reconstrução do discurso jurídico a partir de uma

realidade vivenciada na sociedade e no atual estado de avanço das relações sociais. Se é criticável o abandono do Direito como ideal público de equidade nos moldes tradicionais, também é criticável a atitude romântica que desvincula o homem de sua práxis economicista⁷⁸.

Realmente, diversas são as possibilidades, tanto no que refere à positivação como à normatização de condutas judiciais, como quando, da elaboração legal. Hodiernamente tanto a *Common Law* como a *Civil Law* caminham direcionadas à uma homogeneidade de procedimentos. Veja-se que, a primeira, intenta escusar-se da vagueza de um Direito não científico e da falta de paradigma decisório instituindo os *statutories* além da introdução de paradigmas universais que dêem concretude ao discurso jurídico; enquanto, a segunda, intenta afastar-se do formalismo kelseniano através da liberdade cada vez maior de interpretação para o juiz - lembrem-se aqui os movimentos do Direito Alternativo, do Pluralismo Jurídico, da livre interpretação do direito e tantos outros.

O movimento pendular tende a oscilar entre dois extremos, entretanto, sempre, em meio a eles, esta o equilíbrio. Parece que a LaE pode estar, dentro do pressuposto de que se opera com a segunda hipótese formulada acima, a propor opção de cientificidade e questionamento ao Direito, enquanto institui-lhe como objetivo de justiça o bem-estar a partir da racionalidade economicista.

Observa-se, no entanto, que se analisar o Direito tão somente pelo ângulo da eficiência - como faz Posner e como critica Calabresi que, além da eficiência, advoga princípios de equidade - se, tal análise, não satisfaz a um posicionamento ideal, pelo menos, corresponde a um comportamento natural do homem em sociedade. Portanto, se, ditar o Direito, é impor critério que leve à identificação de uma determinada norma-política tida como justa e adequada, nada mais conveniente que este critério se apresente universal e correspondente, pelo menos, ao ideal básico dos indivíduos, qual seja, o de sobrevivência sendo garantido o não desperdício dos escassos meios. Evita-se, desta forma, o desconforto de normas criadas com critérios puramente políticos e atuações judiciais que, quando não legitimadas pela interpretação política da lei, traduzem o entendimento pessoal e imponderável, da

⁷⁸ Hobbes observou o *homem como lobo do homem*, o economista vê, a relação social, também, onde os indivíduos estão em lados opostos - consumidor e produtor - a exibirem interesses econômicos que, no entanto, levam a um ponto de equilíbrio onde a transação, sempre, é possível pois, do contrário, não há sociedade. Se, ao homem, não restar um mínimo de sociabilidade, sua geração não sobrevive. Se, reconhecido o contrato social, ainda restam interesses individuais e coletivos a serem defendidos. O *homo oeconomicus* opta por defendê-los segundo racionalidade que, sempre, o leve a uma solução ou seleção característica da eficiência maximizadora de utilidades ou interesses.

Para estudar Hobbes ver in HOBBS, Thomas. *Leviatã*. trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4ª ed. São Paulo : Nova Cultura. 1988.

individualidade própria do juiz, segundo Princípios Gerais do Direito que não podem ser plenamente identificados, ou analogia em que se vale de prévios casos decididos e que remontam, não raras vezes, ao *status quo*, como é o caso dos *case methods* norte-americanos em que a jurisprudência é construída a partir de casos anteriores ou, ainda, conforme à equidade, tomada em termos individuais, desconsiderando o efeito social da dita decisão.

O importante é lembrar que a LaE trata de um ótica inovadora e técnica que se não exclusiva e derradeira no entendimento do Direito, é mais um caminho que se apresenta na solução dos problemas: jurídico - a lide e econômico - a escassez.

Economistas e juristas, juntos, têm, portanto, velhos desafios e uma nova metodologia para solucioná-los: a *Law and Economics*. Posner assim expressa a respeito dessa união:

Recentemente, economistas e acadêmicos de Direito com uma inclinação para a análise econômica, têm usado os métodos empíricos e teóricos da economia para iluminar uma variedade de questões e problemas no Direito. Anteriormente, o Direito e a Economia tangenciavam-se, somente em campos da Regulação Antitruste e de utilidade pública.; hoje os leitores diligentes de jornais Universitários (especializados) podem também encontrar análises econômicas sobre controle da criminalidade, Infortunística, Direito Contratual e Prejuízos, relações raciais, administração da justiça, corporações e regulação de seguros, problemas de meio-ambiente e outras áreas de interesse central no sistema legal contemporâneo. (em inglês no original).⁷⁹

Este novo método analítico/interpretativo possibilita, em última análise, verificar a influência das normas sobre as ações dos indivíduos e a resposta destes para com a própria norma possibilitando, assim uma real aproximação entre o ser - *sein* - e o dever ser - *solen* -, revelando o aspecto econômico que se encontra latente no ideário de justiça do Direito.

A LaE, enquanto práxis jurídico-legislativa, é capaz de antever resultados e possibilidades de forma a permitir uma normatividade segundo leis que mantenham mínima relação com os princípios econômicos, ao mesmo tempo em que, trata o fenômeno de forma positiva.

Apresentando-se, a LaE, como real possibilidade de análise jurídica, necessário é conhecer seu embasamento filosófico a fim de compreender em que circunstâncias teórico-filosóficas está embasada e que tipo de efeitos pode ocasionar no discurso jurídico.

2.4.3 EMBASAMENTO FILOSÓFICO DA *LAW AND ECONOMICS*

Um pensamento pode ser reestruturado a partir de novas idéias e conceitos que o instrumentalize em busca de uma melhoria almejada ou na apuração das meias-verdades com fins à descoberta da verdade cabal, derradeira e idealizada em termos de uma possibilidade metafísica. É o que sucedeu com o Direito norte-americano em relação à adesão que ocorreu,

⁷⁹ POSNER, *Economic Analysis of Law*. Op. cit. p. XXI.

a partir dos anos sessenta, deste à Teoria Econômica⁸⁰.

Considerando que, nada acontece por acaso, uma inovação, desta natureza, ocorre em função da intervenção causal de toda uma sequência de fatos históricos, visão de mundo, meio social, *modus vivendi* e contribuições doutrinárias que levam a tais mudanças. Analisada no item 2.2, deste trabalho, a evolução histórica dos acontecimentos que engendraram o pensamento economicista no Direito, resta, ainda, para que sejam justificadas tais modificações no Direito, analisar o respaldo filosófico-científico sustentador das idéias dos doutrinadores da LaE.

O que se propõe, nesta etapa do trabalho, é, justamente, incursionar sobre as raízes teórico-filosóficas que levaram à adoção de uma racionalidade economicista no Direito. Assim, é abordada a questão ética intentando demonstrar que existe uma possibilidade ética no racional-economicista; como, também, uma abordagem, de forma específica, do utilitarismo justificado pela sua importância no modelo economicista hodierno e, ainda, uma análise da influência do pragmatismo norte-americano e da própria filosofia economicista moderna sobre

⁸⁰ Não se quer dizer que o Direito norte-americano esteja alcançando a eterna verdade com a LaE. Principalmente, porque, primeiro, o caminho da perfeição é infinito e, conforme esta idéia, lei de progresso faz descobrir, inexoravelmente, novas respostas para velhos problemas; segundo, porque se trata de um método distinto, dentre outros, de ver o mesmo problema; assim, a LaE é uma representação semiológica do real tanto como é, também, qualquer discurso jurista tradicional, o Pluralismo Jurídico, o alternativismo no Direito e outros movimentos e escolas. O pensamento positivista cartesiano levou a uma fragmentação do discurso em relação ao todo; o que, absolutamente, não quer dizer que, por exemplo, ciências como as Jurídicas, Econômicas, Psicanalíticas e outras, não refiram ao mesmo objeto final e concreto.

O fato, entretanto, é que, para melhor apreensão, pela razão humana, e, consequente, obtenção do conhecimento humano, se passou a observar, sensorialmente e, através da pesquisa empírica, o concreto-real a partir de ângulos ou visões parciais deste concreto e, ainda, segundo premissas e peculiaridades específicas do próprio observador. A racionalidade levou, pois, à observação do fato social real e singular como, por exemplo, a troca de um objeto - mercadoria por outro - dinheiro, segundo aspectos específicos que lhe são inerentes - visão do fato como troca econômica entre dois seres humanos caracterizados como *homo oeconomicus*, ainda, conforme a um método estipulado de apropriação desse conhecimento - método racional-economicista, também, sob a perspectiva do perfil do cientista a observar - economista e, por fim, com a finalidade de propiciar o desenvolvimento da atividade econômica do mercado.

O mesmo fato, pode ser analisado à Luz, por exemplo, do observador jurista - *homo juridicus* que, possuidor de seu entendimento discursivo ou metódico jurídico, aprecia-o, agora, como fenômeno jurídico, segundo seu ângulo jurista - método de análise jurídico-formal, com fins a possibilitar a cabal transação jurídica - contrato de compra e venda.

Uma terceira abordagem do mesmo fenômeno é a psicanalítica. O fenômeno, agora, psicanalítico, de satisfação do desejo pela aquisição do objeto desejado, analisado segundo método próprio da psicanálise, e na perspectiva do observador - psicanalista, objetiva o entendimento da natureza humana enquanto na busca da realização do ser.

Salvo melhor juízo, ainda, após todos os pareceres parciais de cada observador: economista, jurista e psicanalista, segundo todo um discurso próprio a cada um: método racional-economicista, método jurídico-legal e método psicanalítico, o fato permanece o mesmo e real, com suas, não menos reais, consequências: troca econômica de mercado, contrato de compra e venda e interação social para satisfação do desejo.

Não obstante, a grande contribuição de uma visão parcial de mundo ter sido essencial em dado momento, acredita-se que a visão hodierna exige um posicionamento holístico e interdisciplinar pois a *fictio* inerente a observação dos fatos ora por um determinado ângulo, ora por outro; assim como, o pressuposto de que, em um dado momento, o observador seja tido como economista e noutro, já, como jurista, ainda, em um terceiro momento, sendo psicanalista, é contestável e parcial.

Se é verdade, que, segundo o velho dilema da observação da laranja; nunca, em momento algum, é possível observá-la, ao mesmo tempo, em todos os seus aspectos, mantendo-a íntegra; também é inevitável o equívoco de observá-la e ou concebê-la, tão somente, pela opinião de quem apenas provou seu suco, ou a conheceu em desenho ou a visualizou sem ter cortado e provado. Da mesma forma, quem a visualizou por uma face, não a percebeu em sua oposta extremidade - não visível ao observador e, ao que a cortou verificando seu interior, apreciou uma metade de laranja e não uma laranja inteira.

A LaE é, pois, uma tentativa interdisciplinar de verificar o fato social em seu ângulo jurídico, sob o ponto de vista do observador jurista-economista, sob um método economicista e com fins à solução da lide ou conflito social. Se não trata, porém, de uma visão derradeira, tradutora da verdade final justa e incorrigível tão ampla como o desejado, foge ao relativismo da *doxa*, em busca do *logos* e esquiva-se da omissão ou da arbitrariedade na solução do caso jurídico.

Ainda não se pode negar que, além da tendenciosidade dos discursos metódicos em levar a uma parcialidade de apreensão do objeto, existe, sim, um uso político de cada discurso que intenta descrevê-lo em seu dever ser - *lêxis* e, agravando a distorção na apreciação do real, está um uso desonesto - o termo não é próprio, pois trata de um juízo de valor - refira-se, então, ao uso premeditado de métodos para atingir fins não justificados pela conduta isenta, no sentido negativo da práxis de quem manipula o conhecimento.

o trato jurídico das questões sociais.

Alerta-se que os diversos temas tratam de um despertar para todo um corpo de teorias e justificativas que, possivelmente, estejam a chocar com o pensamento jurídico-formal tradicional kelseniano arraigado na índole do pensamento jurista vigente em países onde a *Civil Law* determina, dentro de sua sistematicidade, os rumos maniqueístas das decisões segundo critérios político-juridicistas ideologizados em um conceito de justiça que, mesmo no caso norte-americano, significou uma *jurisprudence* carente de unidade e no caso da *Civil Law* reflete um dogmatismo hermético a suscitar novos caminhos interpretativos para a lei.

Ainda seja lembrado que, em concebendo justiça, segundo juízo sintético, com seu oposto, a injustiça, deve-se, em consequência, sugerir-lhe atributos a serem adjetivados como em: justiça distributiva, equitativa, eficientista, etc. Parece, então, que a visão Aristotélica de justiça⁸¹ como *meio termo entre a injustiça causada e a injustiça sofrida* traduz ponto de equilíbrio que, para o sociólogo, é o tratamento desigual dos diferentes, objetivando o equilíbrio no convívio e manutenção das relações sociais; para o economista, é o enfrentamento entre dois interesses opostos - oferta e demanda segundo objetivo de equilíbrio econômico e para o jurista é a recomposição das partes em sua integridade conforme ao *status quo*. O identificado e, possivelmente, sintetizável, nestas visões de mundo, é que, por fim, justiça é amor ao outro.

Justiça é respeito a alteridade; justiça é o convívio social obtido a partir do equilíbrio nos relacionamentos em que as tensões sociais esvaem em meio à concórdia de interesses seja no campo - através do método - da sociologia-filosófica própria ao discurso comunicativo habermasiano, seja através da economia e seu equilíbrio de mercado posneriano, seja através da lide forense embasada na burocracia técnico-legal em que, no processo, encontram-se tensões que, antes de serem inerentes às partes, caracterizam a discórdia entre a pragmática socio-individual e as aspirações individuais de vida, liberdade e de convívio social que determinam a civilização⁸².

⁸¹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*. Op. cit. Liv. V pp. 91-111.

⁸² Lembre-se da lição freudiana em que, ao mesmo tempo em que o homem necessita da civilização e todos os seus adereços que levam à segurança e satisfação das necessidades econômicas para assegurar sua sobrevivência, lastima a perda de sua total liberdade.

A civilização humana (...), apresenta, como sabemos, dois aspectos ao observador. Por um lado, inclui todo o conhecimento e capacidade que o homem adquiriu com o fim de controlar as forças da natureza e extrair a riqueza desta para a satisfação das necessidades humanas; por outro, inclui todos os regulamentos necessários para ajustar as relações dos homens uns com os outros e, especialmente, a distribuição da riqueza disponível. As duas tendências da civilização não são independentes uma da outra; em primeiro lugar, porque as relações mútuas dos homens são profundamente influenciadas pela quantidade de satisfação instintual que a riqueza existente torna possível; em segundo, porque, individualmente, um homem pode, ele próprio, vir a funcionar como riqueza em relação a outro homem, na medida em que a outra pessoa faz uso de sua capacidade de trabalho ou o escolhe como objeto sexual; em terceiro, ademais, porque todo indivíduo é virtualmente inimigo da civilização, embora se suponha que esta constitui um objeto de interesse humano universal. É digno de nota que, por pouco que os homens sejam capazes de existir isoladamente, sintam, não obstante, como um pesado

Eis que surge, aqui, outra oportunidade de retomada da reflexão em que, antes de ser coercitivo, deve, o Direito, ser persuasivo; de forma a fazer perceber, ao cidadão, a necessidade de respeitar as prerrogativas alheias, de forma a serem mantidas as condições de convívio social segundo as regras de bom-senso e de - por que não? - eficiência numa relação custo/benefício. O Direito antes de punir deve persuadir fazendo perceber a perda de algo desejável pela infração. No dizer de Freud :

Se a violação de um tabu pode ser corrigida por reparação ou expiação, que envolvem a renúncia a algum bem ou a alguma liberdade, isso prova que a obediência à injunção do tabu significava em si mesma a renúncia a algo desejável. (...) O tabu é uma proibição primeiramente imposta (por alguma) autoridade de fora, e dirigida contra os anseios mais poderosos a que estão sujeitos os seres humanos. O desejo de violá-lo persiste no inconsciente; aqueles que obedecem ao tabu têm uma atitude ambivalente quanto ao que o tabu proíbe. O poder mágico atribuído ao tabu baseia-se na capacidade de provocar a tentação e atua como um contágio porque os exemplos são contagiosos e porque o desejo proibido no inconsciente desloca-se de uma coisa para outra. O fato da violação de um tabu poder ser expiada por uma renúncia mostra que esta renúncia se acha na base da obediência ao tabu.⁸³

De acordo com esta idéia de Direito Persuasivo, ainda cabe explorar melhor o sentimento de culpa e a respeito, a lição freudiana ainda é inolvidável demonstrando, neste sentimento, dupla origem:

Conhecemos, assim, duas origens do sentimento de culpa : uma que surge do medo de uma autoridade, e outra, posterior, que surge do medo do superego. A primeira insiste numa renúncia às satisfações instintivas ; a segunda, ao mesmo tempo em que faz isso, exige punição, de uma vez que a continuação dos desejos proibidos não pode ser escondida do superego.⁸⁴

O Direito nasce na presença do outro - alteridade - e para um convívio pacífico entre o eu e o tu verificam-se três momentos ou estágios de regulamentação social de condutas a saber: No primeiro, é verificada a normatividade espontânea em que o costume é um exemplo; no segundo, a norma positivada e, finalmente, no terceiro, a descoberta de uma normatividade latente no indivíduo, reprimida e oriunda do sentimento de culpa.

A partir do esgotamento do paradigma repressivo, deve-se, pois *trabalhar* o *superego* dos indivíduos em função do estudo e implemento de uma cidadania consciente que faça revelar a *reserva selvagem*, o *indizível*⁸⁵ do imaginário social, reestruturando-se, por fim, o convívio

fardo os sacrifícios que a civilização deles espera, a fim de tornar possível a vida comunitária. A civilização, portanto, tem de ser defendida contra o indivíduo, e seus regulamentos, instituições e ordens dirigem-se a essa tarefa. Visam não apenas a efetuar uma certa distribuição da riqueza, mas também a manter essa distribuição; na verdade, têm de proteger contra os impulsos hostis dos homens tudo o que contribui para a conquista da natureza e a produção da riqueza. Ver in: FREUD, Sigmund. *Cinco Lições de Psicanálise : A história do movimento psicanalítico ; O futuro de uma ilusão ; O mal-estar na civilização ; Esboço de Psicanálise* / Sigmund Freud ; seleção de textos de Jayme Salomão ; trad. Durval Marcondes...(et al.). São Paulo : Abril Cultural, 1978. Os Pensadores p. 87-88.

⁸³ FREUD, Sigmund. *Totem und Tabu*. In : _____. *Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud*. Rev. Téc. Leão Cabemite, trad. Orizon Carneiro Muniz e Jayme Salomão Com. e notas James Strachey. v. XIII, p. 13-191, (1912). Rio de Janeiro : Imago, 1974.p. 54

⁸⁴ FREUD, Sigmund. *Cinco Lições de Psicanálise* Op. cit., p.179.

⁸⁵ A respeito de uma abordagem psicanalítica do Direito ver obra de WARAT, Luis Alberto : *A Puertas abiertas : Intensidades sobre el plano inconciente en la Filosofía del Derecho*. REVISTA SEQUÊNCIA, Florianópolis, n. 27, p. 31-48, dez., 1993., _____. *A fantasia jurídica da igualdade: Democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade*. REVISTA SEQUÊNCIA,

social através da educação e de um Direito instrumentalizado para dissuadir a atitude anti-social segundo critérios definidos de justiça, construtivos da cidadania a partir de uma satisfação do ideal desejado de equidade e distributividade sim, mas, considerando também, as condições de existência digna em um aproveitamento racional de recursos - eficiência.

Entenda-se, pois, que este é o caminho para o Direito; qual seja, aquele que apele e consiga alcançar os recônditos esconderijos de um superego atuante nos indivíduos e na coletividade. O convencimento interno de que a atitude lícita é necessária traduz-se na melhor maneira de ser obtido o controle social. E para que se conquiste um Direito resultante da percepção de justiça interiorizada nos indivíduos resta, nada mais nada menos, do que a *educação* como derradeira *ratio regis*. São diversos os exemplos em que mentes delinquentes, descrentes ou tendentes à transgressão são arrastadas, inexoravelmente, pelo exemplo e pela *credibilidade* nelas depositadas a partir de um processo de ensino e acompanhamento. Justifica-se tal posicionamento e a eficiência de uma justiça interna no indivíduo a ser desperta, a partir das concepções a respeito do funcionamento psíquico desta. O próprio Freud afirma:

Em primeiro lugar, vem a renúncia ao instinto, devido ao medo de agressão por parte da autoridade externa (...). Depois, vem a organização de uma autoridade interna e a renúncia ao instinto devido ao medo dela, ou seja, devido ao medo da consciência. Nessa segunda situação, as más intenções são igualadas às más ações e daí surgem sentimento de culpa e necessidade de punição. A agressividade da consciência continua a agressividade da autoridade.⁸⁶

Parece, pois, necessário explorar, melhor, o sentimento de culpa ao invés de simplesmente punir como que exercendo a vingança que nem repara o dano e nem resocializa o transgressor.

Não se olvide, por fim, das finalidades descritas por Freud para a utilização de *regulamentos* e que, conforme visto, estão intimamente ligadas ao campo econômico, *impulso reprimido do Direito*.⁸⁷

Como solução para o questionado paradigma jurídico, o pensador norte-americano tentou utilizar dos instrumentos racionais mais adequados e disponíveis em sua sociedade; dentre os quais, o racionalismo economicista; como que, intentando persuadir a prática da conduta eficiente tida como valor último almejado por aquela sociedade em dado momento

Florianópolis, n.24, p.36-54, set., 1992, _____. *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1983, _____. *Em busca do banquete perdido: uma leitura Freudiana de Hans Kelsen*. REVISTA SEQUÊNCIA, n. 25, p. 61-71., dez., 1992, _____. Guattari: otro cronopio cansado de navegar. REVISTA SEQUÊNCIA, Florianópolis, n. 26, p. 87-92, jul., 1993, _____. *Introdução Geral ao Direito II: A epistemologia Jurídica da Modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995, _____. *La Ciudadanía sin Ciudadanos: tópicos para un ensaio interminable*. REVISTA SEQUÊNCIA, Florianópolis n° 26, p. 1-17, jul., 1993, _____. *Mal-estares de um final de milênio*, Op. cit. p.5-14, _____. *Manifesto do surrealismo jurídico*, São Paulo: Acadêmica, 1988, _____. *Manifesto para uma ecologia do desejo*. São Paulo: Acadêmica, 1990, _____. *O Amor tomado pelo Amor: Crônica de uma Paixão Desmedida*. São Paulo: Acadêmica, 1990. Florianópolis, n.26, p.1-17, jul., 1993.

⁸⁶ FREUD, Sigmund. *Cinco Lições de Psicanálise* Op. cit. p.180.

⁸⁷ Ver maiores explicações no tópico 3.2 do Capítulo III deste trabalho.

histórico.

Dentro do convívio social, o indivíduo atua com finalidade. Questiona-se, então, se é cabível uma conduta economicista finalista para o homem e, se justificada, como deve ser caracterizada?

Os próximos itens do texto trabalham, pois, a ética e a LaE, inclusive, justificando a conduta sob a égide da LaE segundo a filosofia economicista utilitária e a pragmática norte-americana.

2.4.3.1 DA ÉTICA.

Interessa, inicialmente, estabelecer um conceito de ética a partir do qual seja possível estabelecer o discurso e sua compreensão. A expressão *ética* deriva do termo grego *ethos* que refere-se a costume, mormente, nas análises empiristas do social. Trata-se da análise da conduta humana enquanto visto, o homem, como indivíduo e como ser inserido em sociedade, atuando com finalidade última. O professor Miguel Reale coloca o problema em termos de valoração da conduta ou ação humana significando *ética como ciência normativa da conduta ou do comportamento humano*⁸⁸.

Para Aristóteles o objetivo da ética é determinar qual bem é o supremo a ser almejado pelas criaturas humanas - para ele, a *felicidade* - e qual finalidade deve ser perseguida na vida humana - segundo o ensinador grego, *fruir a felicidade da maneira mais elevada possível: a contemplação*.⁸⁹ Ao referir sobre a ética, o faz de forma adjetiva, assim, trata das virtudes éticas verificáveis na práxis: justiça, amizade, valor, etc.; voltadas a um fim determinado; diferenciando-as das virtudes dianoéticas voltadas ao intelecto e à razão como a sabedoria e a razão. A Aristóteles cabe o reconhecimento da ética como estudo filosófico, inclusive, identificando os principais temas a abordar como, por exemplo, a questão da relação entre a ética individual e a social, a relação entre bens e normas, a reclassificação das virtudes já tratadas por Platão, a existência teórica e prática e outras conjecturas inerentes ao proceder do homem enquanto ser moral. Outras escolas trataram do assunto após Aristóteles como a cínica, a cirenaica e a estóica enfatizando, geralmente, uma ética conduzida para atingir um

⁸⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 16ª ed. São Paulo : Saraiva, 1994. p.274.

⁸⁹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*. Op. cit. p. 11.

idealizado e aspirado bem de forma que os atos são medidos, em termos morais, pelos objetivos a serem alcançados e pela serenidade de ânimo obtida. Enquanto os estoícos buscavam tal serenidade na impassibilidade, os cínicos desprezam as convenções e os epicuristas propugnam alcançar o prazer moderado ou equilíbrio na satisfação das paixões.

O pensamento ético evoluiu, nos tempos, incursionando o campo da religião, com a *ética heterônoma ou teônoma* fundamentando a conduta moral em Deus. Entre os séculos XV a XVII, quando do Renascimento, influenciou o trabalho de pensadores como Descartes e Spinoza que buscaram o estoicismo e, em fins do século XVII, com o surgimento de novas perspectivas no mundo de então e em função de novos paradigmas de relacionamento entre indivíduos e entre nações foram justificadas, também, teorias éticas, entretanto, fundamentadas no egoísmo - Hobbes: *homem lobo do homem* -, no realismo político - Maquiavel⁹⁰ e a proteção dos interesses do príncipe no governo - e no sentimento moral - Francis Hutcheson, John Gay, David Hume e outros.

No período moderno, restaram preocupações quanto à origem das idéias morais; para uns, imanes ao homem, para outros, intuídas, ora no senso comum, ora na simpatia, ora na utilidade, seja em razão da visão de mundo do indivíduo, seja em função da influência social.

Entre o século XVII e XVIII, em função do determinismo da natureza, da discussão sobre a relação entre lei e moral e de questões sociais diversas inspiraram-se movimentos éticos naturalistas, egoístas, utilitaristas, associacionistas e intuicionistas.

A partir de Kant e sua obra *Crítica da Razão Pura*⁹¹, o estudo relativo à ética toma inovadores rumos. Abandona-se a ética da busca de bens finais em função da análise dos fatos a partir de um conhecimento puro, apriorístico, independente de qualquer experiência obtido pela crítica da própria razão justificando-se-lhe exigências pertinentes e destituindo-se-lhe de pretensões não fundamentadas segundo o rigorismo do método, da formalidade e da análise.

Kant em sua ética formal, defende os princípios éticos como imperativos válidos *a priori*.

No século XIX, paralelamente à doutrina Kantiana foram apimoradas outras correntes, principalmente, as de enfoque psicológico da conduta como ocorre com o utilitarismo, o intuicionismo inglês, o egoísmo, evolucionismo e outras. Algumas subsistem como éticas finalistas em que o atuar envolve um resultado possível, um bem almejado. Ainda como síntese da ética formal e da material, principalmente com Max Scheler, surge a ética dos valores como

⁹⁰ MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Tradução, introdução e notas de Antonio D'Elia. São Paulo: Cultrix, 1995.

⁹¹ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad. de Kritik der Reinen Vernunft. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

que conciliando o empirismo e o apriorismo moral.

Alguns entendidos, ainda, defendem a ética como autônoma, pois, se imposta uma conduta por coação ou força, não é exatamente moral, outros, defendem a causa originadora da ação moral que, de outra forma, não ocorreria; defendendo, assim, como tal causa, ora Deus, ora a sociedade.

Mais recentemente, a *ética contemporânea* passa a abordar as questões éticas segundo a doutrina filosófica, onde, dentre outras coisas, ainda se questiona e se reelabora uma ética utilitária, além de ser trabalhada a questão do existencialismo; em que se negam quaisquer imperativos de conduta para o homem que, então, age por si e por seu próprio risco; e, também, da ética axiológica em que os juízos morais são defendidos em função de juízos de valor.

Como gênero, a ética leva ao estudo de objetos específicos delimitados pela moral e pelo Direito. A conduta humana, como fato real, espontâneo, pode ser deflagrada a partir de uma escolha individual autônoma imanente ao próprio indivíduo, ou ainda, de uma intuição sobre princípios metafísicos naturais e determinantes dessa conduta. Pressupondo-se a existência destes princípios e valores a determinar a conduta, resta saber quais deles e por que motivo deve, um indivíduo, segui-los para fazer algo?

Outra questão é identificar, que, em procedendo⁹², o homem causa resultados para si e para seus semelhantes. A moral, como objeto da ética envolve condutas, dizendo melhor, procederem, que, necessariamente, apesar de influenciarem, refletirem ou inspirarem qualquer reação - ou mesmo inércia em outrém - são aceitáveis socialmente a ponto de não recriminarem-se-os. De outra forma, comportamentos existem em que o coletivo social condena o resultado do proceder e, neste caso, o Direito é ordem de conduta humana imposta coercitivamente⁹³. O Direito, pois, está contido na moral, mas nem toda ação moral corresponde a um Direito.

No definir de uma ciência, alguns pressupostos básicos são identificados e associados de forma que se impregnam, nos cientistas que lhes manipulam, características próprias, assim como, também ocorre com quem lhes seja submetido. O *homo oeconomicus*, por exemplo, ao

⁹² Entenda-se proceder em sentido positivo de agir e negativo de omitir.

⁹³ Aqui, esboça-se uma das visões do Direito que, não pode deixar de ser tratada, já que, segundo suas premissas, a tradição acadêmica jurídica brasileira foi, alicerçada; trata-se da visão Kelseniana de Direito.

Para Kelsen a norma considerada como objetivamente válida funciona como medida de valor relativamente à conduta real. Ver in KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Op. cit. p. 19 e _____, *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. de Luiz Carlos Borges. rev. téc. Péricles Prade. 2ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 1992.p.11.

atuar, intentará proceder em uma ética própria economicista, enquanto, o jurista procederá em termos de uma ética normativo-moralista⁹⁴ e assim por diante.

Por vezes, é possível intentar ver a ação do homem segundo ótica interdisciplinar tal como verificável na LaE.

Acredita-se que um dos problemas cruciais desta aplicação da Teoria Econômica ao Direito refere à crítica consistente na possível imoralidade de uma ética economicista na práxis jurídica⁹⁵; ou seja, na inexistência de um proceder adequado à conduta moral e socialmente aceitável quando da abordagem economicista do Direito. Parece que, então, urge serem feitas algumas aproximações no que diz respeito à existência de uma ética racionalista; se assim se pode falar.

O racionalismo econômico tem, sim, sua fundamentação em uma ética utilitarista inerente à Teoria Econômica. Portanto, ao serem aplicadas as premissas microeconômicas ao Direito se está a sugerir a aplicação de princípios utilitários de conduta.

Obra interessante sobre a ética e seus métodos é a de Sidgwick⁹⁶ onde o autor elege como fins últimos e racionais da atividade humana a busca da felicidade e a perfeição ou excelência da natureza humana; o que leva a duas opções de felicidade a saber: a individual e a geral ou coletiva e, portanto, há dois métodos para alcançá-las; quais sejam: o egoísta hedonista e o utilitarista ou hedonista universalista⁹⁷.

A Ciência Econômica, especialmente considerada em sua ótica liberal, se analisada em termos de atitude individualista, leva ao método egoísta de proceder; enquanto que, se analisada em termos de *Economia do Bem-estar*, reflete a metodologia utilitarista. A primeira vista choca a idéia de existir razão em agir egoística ou utilitariamente, mas, ao ser, o assunto, analisado com maior atenção e de forma desprovida de uma atitude preconcebida, aceitável é a abordagem de uma ética ora egoísta ora utilitária.

Com fins a esclarecer a ética justificadora do proceder econômico, apresentem-se, neste

⁹⁴ Lembre-se a *ficção* há pouco referida de que o homem não pode ser repartido de forma a, em determinado momento, agir com reflexos economicistas e, noutro, com reflexos juristicistas. O homem é um todo que, quando age, o faz considerando todo seu conteúdo histórico, bem como, a influência de seus semelhantes.

⁹⁵ Excelente obra a respeito dos métodos da Ética, englobando o estudo do Utilitarismo, do Egoísmo e do Intuicionismo pode ser vista in DIEGO FARREL, MARTÍN. *Métodos de la Ética*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 1994.

⁹⁶ SIDGWICK, Henry. *The Methods of Ethics*, 7ª ed., Londres: Mac Millan. 1962.

⁹⁷ Broad assim define egoísmo hedonista dizendo: *Você deve sacrificar qualquer quantidade de felicidade nos demais se desta maneira você incrementa sua própria felicidade total de um modo minimamente maior do que o faria com qualquer outro curso de ação aberto para você.* Da mesma forma o faz quanto ao hedonista universalista: *Se um certo sacrifício de sua própria felicidade incrementa tanto a dos demais que a quantidade líquida total de felicidade resulta aumentada, você deve fazer este sacrifício; e se um certo sacrifício da felicidade dos demais aumenta tanto a sua própria felicidade que a quantidade líquida total de felicidade resulta aumentada, você deve sacrificar a felicidade dos demais.* (em inglês no original). Ver in BROAD, C. D. *Five Types of Ethical Theory*, Londres: Routledge and Kegan Paul, 1979. pp. 240-242.

item do trabalho, alguns tópicos sobre os métodos éticos egoísta, intuicionista e o utilitário que podem vir a justificar, ou, efetivamente, justificam um agir segundo o racionalismo técnico-economicista.

I DO EGOÍSMO

Sidgwick entende por egoísta o homem que, tendo dois ou mais cursos de ação abertos em sua frente, investiga, de um modo tão exato como possa, a quantidade de prazer e de dor que, provavelmente, resulte de cada um deles e, por fim, eleger o curso de ação que, segundo seu pensamento, produzirá o maior excesso de prazer sobre a dor⁹⁸.

É verdade que autores como Rawls⁹⁹, Broad¹⁰⁰ e Moore¹⁰¹ têm na atitude egoísta uma imoralidade, mas tal como demonstra Sidgwick e o próprio Moore, o egoísmo pode ser associado com o conceito de *bem universal*. Existem três formas de egoísmo: o *psicológico* - em que há uma determinação interior - desejo - de atuar egoisticamente para obter a própria vantagem e seu melhor interesse - utilidade¹⁰² - o *ético* - em que se deve atuar egoisticamente havendo pretensão, mesmo que mínima, de uma atitude moralmente aceitável em fazer aquilo que, provavelmente, maximizará o autointeresse pessoal, segundo juízos de valor - axiológicos - ou juízos de obrigação - normativos - e o *racional* - em que é conveniente atuar egoisticamente. Da mesma forma, existem três visões que envolvem a prática egoísta a saber: 1. *otimista*, para a qual o indivíduo é altruísta por natureza, representada pela doutrina de Lord Shaftesbury¹⁰³, Stuart Mill¹⁰⁴ e de Butler¹⁰⁵; 2. *pessimista* para a qual o homem é, psicologicamente, voltado ao egoísmo e cada um persegue sua própria vantagem e melhor interesse, defendida por Hume, que acredita que os homens amam a si mesmos mais que aos outros e que as regras de justiça originam-se no egoísmo¹⁰⁶, Bentham¹⁰⁷ e Hobbes que vê

⁹⁸ SIDGWICK, Henry. *The Methods of Ethics* Op. cit. p. 121.

⁹⁹ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Op. cit.

¹⁰⁰ BROAD, C. D. *Five Types of Ethical Theory*, Op. cit.

¹⁰¹ MOORE, O.E. *Principia Ethica*. Cambridge: Cambridge University Press. 1980

¹⁰² Tal vantagem reflete felicidade no caso do egoísmo eudomonista ou prazer, em uma expectativa de prazer e dor como ocorre no egoísmo hedonista;

¹⁰³ LORD SHAFTESBURY, *An Inquiry Concerning Virtue or Merit*. in D.D. Raphael (comp.), *British Moralists*. Oxford: Clarendon Press. 1969, Tomo I, pp. 173-175.

¹⁰⁴ MILL, John Stuart. *Utilitarianism*, The Bobbs - merrill Co. Indianapolis. 1971.

¹⁰⁵ BUTLER, Joseph, *Fifteen Sermons* in D.D. Raphael (comp.), *British Moralists*. Oxford: Clarendon Press. 1969, Tomo I, p. 325.

¹⁰⁶ HUME, David *Tratado de la Naturaleza Humana*. Madrid: Editora Nacional. 1977. T. II pp. 711-713., 764 781 e 830

¹⁰⁷ BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos Principios da Moral e da Legislação*. Op. cit.

o homem na busca incessante de poder¹⁰⁸ e 3. intermédia, em que Adam Smith¹⁰⁹ combina autoafeição vinculada com a prudência que permite a preservação da vida com a benevolência que integra a natureza do homem, não confundindo a primeira com o egoísmo.

a) DO EGOÍSMO PSICOLÓGICO

Basicamente, questiona-se, no egoísmo psicológico, se a conduta humana é autônoma ou heterônoma. Se determinado interiormente, o homem atua de forma egoísta, pode tal ação coincidir com o interesse dos demais ou não, sem, no entanto, levar em conta qualquer juízo normativo ético social, obviamente, externo.

A fim de justificar o egoísmo psicológico, Broad¹¹⁰ aborda a questão da duração, intensidade e distribuição, no tempo, dos prazeres em detrimento da dor, como que, influenciando, os desejos do homem na busca de sua satisfação.

Hospers, ao tratar da questão do egoísmo psicológico em relação aos desejos, afirma que *todo mundo faz o que realmente deseja fazer*.¹¹¹

Parfit, por sua vez, defende que o homem atua em função de satisfazer seus interesses fazendo, pois, aquilo que melhor promova seus interesses ou maximize utilidades a longo prazo, sem fazer algo que o prejudique.¹¹²

b) EGOÍSMO RACIONAL

Se uma pessoa atua, egoísticamente, no sentido de maximizar seu próprio bem-estar, ao fazê-lo racionalmente, não considera a questão da moralidade em relação a um possível juízo axiológico de bom e de mau com referência ao seu ato. O homem, neste caso, apenas age considerando sua racionalidade em atuar e desprezando algum juízo de valor ético. Desta questão surge o que Sidgwick propôs como *dualismo da razão ética* em que dois dos métodos

¹⁰⁸ HOBBS, Tomas. *Leviatã*. Op. cit.

¹⁰⁹ SMITH, Adam. *The Theory of Moral Sentiments*. Indianópolis : Liberty Classics. 1976. pp. 348-482.

¹¹⁰ BROAD, C. D. *Five Types of Ethical Theory*, Op. cit. pp. 186-189.

¹¹¹ HOSPERS, John. *La conducta humana*. Madrid : Tecnos. 1979. pp. 210-211 e 227-228

¹¹² PARFIT, Derek. *Reasons and Persons*. Oxford : Clarendon Press. 1984. pp. 117-118

éticos - o utilitarismo e o egoísmo - são possíveis de serem, igualmente defendidos; de forma que existe um conflito entre teorias morais competitivas - egoísmo ético e utilitarismo ou conflito entre a versão utilitária da moral e a teoria egoísta da racionalidade. O autor defendeu, no entanto, a existência do egoísmo racional.¹¹³

c) EGOÍSMO ÉTICO

Quanto ao egoísmo ético, trabalham-se as possibilidades da ação egoísta de satisfação dos interesses pessoais refletir algum bem estar geral.

Além de considerar a estrita racionalidade, ao agir egoísticamente, pode e deve ser intentada, pelo homem, uma ação que contenha um mínimo ético-moral a justificar este ato.

Já, aqui, surgem questões relativas à possibilidade de haver ou não a universalização do egoísmo, pois, se alguém atua egoísticamente, o faz na esperança de que outrem não o faça contribuindo com o seu bem-estar.

Martin Farrel esclarece a questão partindo de quatro premissas ou possibilidades de um atuar egoístico caracterizadores de sistemas hierarquizados em preferências do egoísta:

1. Um sistema no qual todos sejam altruístas menos o agente, que é egoísta.
2. Um sistema em que todos sejam egoístas.
3. Um sistema em que todos sejam altruístas.
4. Um sistema em que todos sejam egoístas menos o próprio agente, que é altruísta.

No primeiro caso, fica evidente não tornar-se interessante, para o egoísta a universalização do egoísmo enquanto que, uma situação descrita na segunda hipótese pretere todas as demais caracterizando, assim, a preferência pela universalização do egoísmo.¹¹⁴

Em relação a serem perseguidos ora meios e ora fins, o egoísmo pode levar a considerar o altruísmo um meio para atingir a satisfação pessoal individual e egoísta. Se o homem atua egoísticamente com fins de perseguir e alcançar sua própria felicidade, muitas vezes utiliza de meios que dão prazer ou satisfação ao outro de forma a conseguir, por fim, seu intento.

Broad apresenta, de forma interessante, três possibilidades de interação ou comparação entre o comportamento individual egoísta e o altruísta:

¹¹³ SIDGWICK, Henry. *The Methods of Ethics*, Op. cit. p 498.

¹¹⁴ DIEGO FARREL, MARTÍN. *Métodos de la Ética*. Op. cit. p.37.

O egoísmo hedonista caracteriza-se quando alguém *deve sacrificar qualquer quantidade de felicidade dos demais se esta é a maneira de alguém incrementar sua própria felicidade total de um modo minimamente maior do que poderia ser feito com qualquer outro curso de ação aberto para você.* (em inglês no original)

O hedonismo universalista - ou utilitarismo - é observado quando *se um certo sacrifício de sua própria felicidade incrementa tanto a dos demais que a quantidade total líquida de felicidade resulta incrementada, você deve fazer este sacrifício; e se um certo sacrifício da felicidade dos demais incrementa tanto sua própria felicidade que a quantidade total líquida de felicidade resulta incrementada, você deve sacrificar esta felicidade dos demais.*

O altruísmo hedonista, por sua vez, é referido quando *você deve sacrificar qualquer quantidade de felicidade em você mesmo se, desta maneira, você incrementa a felicidade total dos demais de um modo minimamente maior do que faria com qualquer outro curso de ação aberto a você.* (em inglês no original)¹¹⁵.

Se uma teoria altruísta é interessante, de outra forma, parece ser injustificável o caráter autofrustrante da teoria egoísta. Mesmo agindo egoisticamente, todos os indivíduos de determinada sociedade, podem chegar a uma solução ótima. Se, egoisticamente, os pescadores de uma sociedade dada atuarem de forma predatória - egoísta - fatalmente optarão, - pressupondo uma organização social estatal - por uma forma de Direito que impeça o extermínio do cardume.

Justifica-se a atitude dos pescadores pelo fato de que, na impossibilidade de poderem coexistir na situação preferencial em que um egoísta esteja em meio de todos os demais altruístas, já que todos os pescadores, deste exemplo, são predadores; resta-lhes conviver na segunda possibilidade de preferência onde todos atuem como egoístas, e assim, intentem um acordo e estipulação de regras controlando a pesca e, assim, não permitindo a ocorrência de frustração coletiva.

Observa-se, assim, que o bem universal pode ser atingido, mesmo segundo a prática de comportamentos egoístas.

Agindo, resta, ao homem, fazê-lo, também, intuitivamente; é o que se passa, de forma sucinta, a analisar.

¹¹⁵ BROAD, C. D. *Five Types of Ethical Theory*, Op. cit. pp. 240-242.

II DO INTUICIONISMO:

Outra forma de justificar o atuar do homem é fazê-lo, efetivamente, segundo princípios que lhe sejam possíveis de intuir. Assim, as verdades morais passam a ser captadas ou apreendidas de forma direta e imediata. Segundo David Ross, trata-se do que, comumente, é conhecido como consciência moral¹¹⁶ em que princípios variados gerais e particulares podem ser sugeridos ao caso concreto, mesmo que em desconformidade com interesses pessoais. São apontadas como características das intuições, segundo Kekes¹¹⁷, leitor de Ross: serem *imediatas*, já que são apreendidas de forma instantânea e espontânea; serem *rotineiras*, pois oriundas a partir de fatos comuns na vida, serem *imperativas*, uma vez que conduzem à ação, serem *presuntivas* já que propiciam, inclusive, o conflito de instituições; serem *interpretativas*, em outros termos, não são fatos; serem *aceitas inquestionavelmente pelo agente* e, portanto, serem *falíveis*.

Apesar da multiplicidade de princípios que possam intuir, os homens, quando da ação concreta, segundo suas características, não se pode afirmar de imediato e segundo algum critério definido sua correção ou justeza; de qualquer forma, também é questionável deixar de reconhecer que a ação intuitiva é uma possibilidade.

Para fins deste trabalho, é interessante justificar que o utilitarismo não é de todo hostil ao intuicionismo. Embora, autores como John Stuart Mill, Bentham e Austim condenem o intuicionismo pela sua não apreensão através da razão, Sidigwick é pro-institucionista ao mesmo tempo que defende o utilitarismo.

Bentham condena a atitude simplista em que o homem justifica seu atuar em função de um metafísico sentido moral, de um possível senso comum, de uma consciência não consultada e apreciada pela razão; o que, por fim, pode levar a uma atitude despótica e, obviamente, irracional. Diz o autor que, tanto em política como em moral, ao agir intuitivamente, *segundo a natureza*, sem o respaldo da averiguação racional, o homem pode, simplesmente justificar sua própria vontade¹¹⁸.

Destaca-se, a necessidade de, por fim, ser abordada a questão do utilitarismo anglo-saxão como forma de, em agindo, o homem, proceder na busca da maximização da felicidade geral.

116 ROSS, David. *Fundamentos de ética*. Buenos Aires : EUDEBA. 1972, p. 1.

117 KEKES, John. *Moral Institution*. *American Philosophical Quarterly*. v. 23. n) 1. p.85-89.

118 BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*. *Op. cit.* pp. 140-142.

III - DO UTILITARISMO

A racionalidade econômica capitalista hodierna embasa suas premissas, basicamente, em uma atitude utilitária, o que, assim sendo, torna essencial abordar alguns aspectos deste método ético.

O utilitarismo tem sido muito difundido como filosofia oficial anglo-saxã e sofreu grande crítica por parte de Rawls¹¹⁹ e Dworkin¹²⁰, mas persiste, hodiernamente, por exemplo, na obra de Derek Parfit¹²¹. Pretende-se, agora, esboçar alguns tópicos sobre o utilitarismo¹²², abordando seu conceito, aspectos históricos, exame de suas variantes e a abordagem benthaminiana da utilidade.

Para uma ética utilitarista de suma importância é referir os trabalhos de Shaftesbury¹²³, Hutcheson¹²⁴ e Hume¹²⁵. O utilitarismo trata, basicamente, de uma ética analítica - que diz respeito à conduta efetiva dos indivíduos. Debateram-se, no século XVIII, inicialmente, idéias como as de Hobbes apregoando um egoísmo individual e hedonista com, por exemplo, as idéias altruístas de Shaftesbury e seu sistematizador Hutcheson e, mesmo, da compilação e análise destes autores, Hume concebeu um tipo moral de egoísta amável e condescendente conforme ensina Shumpeter.¹²⁶

O filósofo inglês Jeremy Bentham também contribui sobremaneira com seu entendimento do utilitário, fugindo da metafísica kantiana referente a uma moral intuitiva e pregando, de certa forma, um egoísmo idealizado em uma práxis utilitária que devia reger, normativamente, a conduta humana.

Bentham, em sua teorização do princípio da utilidade, destaca a dicotomia em que se encontra o homem submetido a dois senhores: o prazer e a dor; os quais estão a subjugar-lo.

¹¹⁹ Rawls objeta que a racionalidade individualista de cada indivíduo é distinta e, em consequência, não se pode ter como princípio de eleição social aquela que seria próprio de uma escolha individual. Ver in RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Op. cit. pp. 163-164.

¹²⁰ DWORKIN critica o utilitarismo pelo fato de que as preferências não sejam submetidas a uma valoração independente, sejam pessoais ou externas in DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*. Op. cit. ,p.274-276.

¹²¹ PARFIT, Derek. *Reasons and Persons*, Op. cit.

¹²² A bibliografia sobre o utilitarismo é vasta, além das já citadas neste trabalho, verifiquem-se obras como: BROOME, John. *Utility. Economics and Philosophy*, 7 (1991), SEN, Amartya. *Utility. Ideas and Terminology. Economics and Philosophy*, 7 (1991); HASLETT, D.W. *What is Utility? Economics and Philosophy*, 6 (1990) e. RILEY, Jonathan, *Liberal Utilitarianism*. Cambridge University Press. 1988.

¹²³ LORD SHAFTESBURY, *An Inquiry Concerning Virtue or Merit*. Op. cit.

¹²⁴ HUTCHESON, Francis . *An Inquiry Concerning Moral Good and Evil*. in D.D. Raphael (comp.) *British Moralists*.1650-1800. Oxford : Clarendon Press. 1969, Tomo I, pp. 283-284.

¹²⁵ HUME, David *Tratado de la Naturaleza Humana*. Op. cit.

¹²⁶ SCHUMPETER , Joseph A. *História del Análisis Económico*. Op. cit. p.133.

Citem-se, suas palavras:

A natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos : a dor e o prazer. Somente a eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos. Ao trono desses dois senhores está vinculada , por uma parte, a norma que distingue o que é reto do que é errado, e por outra, a cadeia das causas e dos efeitos.(...) Através das suas palavras, o homem pode pretender abjurar tal domínio, porém na realidade permanecerá sujeito a ele em todos os momentos da sua vida.(...) Por princípio de utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação , segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade. Digo qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade. Digo qualquer ação, com o que tenciono dizer que isto vale não somente para qualquer ação de um indivíduo particular, mas também de qualquer ato ou medida de governo(...).¹²⁷

Justificando o princípio da utilidade, o próprio autor, ainda, reforça o conceito de utilidade no sentido de valorizar as condutas que levam ao bem-estar em detrimento de atos prejudiciais aos interesses do próprio sujeito, conforme abaixo descrito:

III. - O termo utilidade designa aquela propriedade existente em qualquer coisa, propriedade em virtude da qual o objeto tende a produzir ou proporcionar benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade (tudo isto" no caso presente, se reduz á mesma coisa), ou (o que novamente equivale á mesma coisa) a impedir que aconteça o dano, a dor o mal ou a infelicidade para a parte cujo interesse esta em pauta; se esta parte for a comunidade em geral, tratar-se-á da felicidade da comunidade, ao passo que , em se tratando de um indivíduo particular, estará em jogo a felicidade do mencionado indivíduo.¹²⁸

Para Jeremy Bentham e seu *utilitarismo*, portanto, em todas as oportunidades, o homem atua maximizando suas expectativas de forma a obter os melhores resultados possíveis que levem à obtenção de prazer em detrimento da dor¹²⁹.

Sen lembra que o termo utilidade pode ser apreciado sob triplo enfoque: em Economia, utilidade traduz-se por preferências de uma pessoa; em filosofia política, refere-se a felicidade e em relação à ética significa cumprimento ou satisfação de desejos, como relação entre prazer e dor.¹³⁰ O somatório das *felicidades* individuais, leva à felicidade social determinando o princípio normativo do utilitarismo em que é aspirada a maior felicidade para o maior número de pessoas.

Mill também expressa-se a respeito do princípio da utilidade. Já, em *A System of Logic* quando apologiza um comportamento perfeccionista inerente à *nobreza de vontade e de conduta* ao perseguir ideais de felicidade para si ou para os demais, mas, em sua outra obra denominada *Utilitarianism*, este autor, difere de Bentham ao distinguir classes de prazeres que

¹²⁷ Ver in BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos Principios da Moral e da Legislação*. Op. cit., pp. 9-10.

¹²⁸ Op. cit., pp. 9-10.

¹²⁹ Lembre-se da semelhança da análise prazer / dor benthaminiana com a apresentada por Epicuro na Grécia Antiga. Entretanto, este último defendia um cálculo utilitário entre prazer e dor de forma a possibilitar, ao homem, uma sensação de paz e serenidade a partir do auto-domínio mediante a libertação da ânsia incontrolada de prazeres e do incontinente pesar pelas dores. Ver in EPICURO, *Antologia de Textos*; EPICURO. Op. cit. p. XII. e 1-20.

¹³⁰ SEN, Amartya. *Utility. Ideas and Terminology, Economics and Philosophy*, Op. cit., p.282.

devem ser, definitivamente, julgados pelos homens levando-se em conta uma atitude nobre para com os demais e a felicidade geral¹³¹

Desde já, diga-se que a idéia utilitarista de Bentham é mais próxima do liberalismo do que a de Mill. E foi justamente Bentham quem, inicialmente, vinculou utilidade e correção moral de atos humanos. Outros filósofos, no entanto, já se preocupavam com o caráter utilitário do agir do homem. Hobbes em seu *Leviatã* apregoava uma atitude utilitária ao referir que *seja qual for o objeto do apetite ou desejo de qualquer homem, esse objeto é aquele a que cada um chama de bom; ao objeto de seu ódio e aversão chama mau, e ao de seu desprezo chama vil e indigno.*¹³²

Soma-se, à lista de idealizadores de uma relação entre dor e prazer, John Locke afirmando que *as coisas são boas se provocam prazer ou más se causam dor.*¹³³

Por sua vez, Francis Hutcheson determina a excelência moral das ações segundo a quantidade de indivíduos submetidos à referida ação e a quantidade de felicidade obtida, assim, a ação melhor é a que procura a maior felicidade para o maior número. Entretanto, o autor defende a consideração de qualidades que, honestamente, identifiquem a superioridade moral de uma pessoa devem ser levadas em conta no cálculo utilitário.¹³⁴

John Gay identifica a necessidade de perseguir um fim denominado prazer através de um meio, o bem.¹³⁵

David Hume, como destacado precursor do utilitarismo, por sua vez, defende que toda virtude tendendo ao bem da humanidade deve ser digna de aprovação¹³⁶, fato contestado por Smith que justifica, para adoção de uma ação a simpatia com o agente, a gratidão dos beneficiados, o ajuste da conduta às regras de manifestação das simpatias referidas antes e, ainda, quando tal ação é incita a um sistema de comportamento que se caracteriza pela promoção da felicidade.¹³⁷

Também contribuem, mais recentemente, no entendimento do pensamento utilitário

¹³¹ Ver MILL, John Stuart, *Utilitarianism*. Op. cit. pp. 18-20.

¹³² HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Op. cit. p.33.

¹³³ LOCKE, John *Ensayo sobre el entendimiento humano*. Madrid :Editora Nacional.. 1980. T.1 libro II, Cap. 20.p.342.

¹³⁴ HUTCHESON, Francis . *An Inquiry Concerning Moral Good and Evil*. Op. cit. pp. 283-284.

¹³⁵ GAY, John. *Concerning the Fundamental principle of Virtue or Morality*, in D.D. Raphael (comp.) *British Moralists*.1650-1800. Oxford : Clarendon Press. 1969, Tomo I, p.413.

¹³⁶ HUME, David. *Tratado de la naturaleza humana*. Op. cit. pp. 824-825.

¹³⁷ SMITH, Adam. *The Theory of Moral Sentiments*. Indianapolis: Liberty Classics. parte 4ª, Cap II. 1976. p.310.

Richard Price¹³⁸, William Paley¹³⁹ e Sidgwick.¹⁴⁰

Enquanto uns admitem um utilitarismo maximizador da felicidade de forma positiva, priorizando, antes de diminuir a dor, obter-se maior prazer, outros entendem, tal como Karl Popper e seu utilitarismo negativo¹⁴¹ que, em havendo assimetria entre prazer e dor, dever há em procurar diminuir a dor prioritariamente - princípio de utilidade pública de eliminar o sofrimento. Outros, ainda, defendem um utilitarismo satisfacionista como Slote¹⁴² que nega a maximização do prazer detectando um grau de satisfação aceitável que não o máximo.

No evoluir filosófico da teoria da utilidade, os economistas apropriaram de seu ideal e utilizaram-na em suas aproximações gráfico-matemáticas justificando o comportamento dos indivíduos enquanto consumidores e produtores. Ambos atuam maximizando suas expectativas de obtenção de melhores ganhos, porém, em sentido oposto um ao outro. A Teoria da Utilidade foi aprimorada de forma a tornar possível desenvolver a Teoria da Utilidade Marginal decrescente em que a utilidade de algum bem ou serviço, para cada indivíduo, aumenta com cada acréscimo da quantidade desse bem ou serviço, porém, desproporcionalmente. O benefício adicional em função, pois, de um acréscimo de bens e de serviços é cada vez menor em função da lei de *utilidade marginal decrescente*¹⁴³.

Um ponto interessante a considerar é que a teoria utilitária nem sempre apresenta um único valor absoluto a ser maximizado; dessa forma, as teorias dualistas ou pluralistas são desenvolvidas a despeito das dificuldades naturais tais como as verificáveis em mensurar cardinalmente subjetividades como, por exemplo, satisfação ou prazer, sendo considerada, entretanto, a possibilidade de comparação entre grandezas conforme escala ordinal de preferências.

No que diz respeito à equidade, a Teoria Utilitarista é abordada sobre triplo enfoque. O *utilitarismo clássico* preocupa-se em maximizar a felicidade geral, de toda a sociedade; enquanto o *promedio ou satisfacionista*, tal como a maneira Aristotélica de meio-termo,

¹³⁸ PRICE, Richard. *A review of the Principal Questions in Morals* in D.D. Raphael (comp.) *British Moralists. 1650-1800*. Oxford : Clarendon Press. 1969, Tomo II. p. 181.

¹³⁹ PALEY, William. *The Principles of Moral and Political Philosophy* in D.D. Raphael (comp.) *British Moralists. 1650-1800*. Oxford : Clarendon Press. 1969, Tomo II, pp. 258-261.

¹⁴⁰ SIDGWICK, Henry. *The Methods of Ethics*. Op. cit..

¹⁴¹ POPPER, Karl. R. *La sociedad Abierta y sus enemigos*. Buenos Aires : Paidós. 1981. pp. 533-534.

¹⁴² SLOTE, Michael. *Moderation, Rationality and Virtue*, in Sterling McMurrin (ed), *The Tanner Lectures on Human Values*, Vol. VII, Cambridge University Press, 1986, p.59.

¹⁴³ Ver no capítulo I, item 1.5 e, em especial, 1.5.1.1, além de consultar, para maiores esclarecimentos, Posner que demonstra seu entendimento da lei de utilidade marginal in POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Op. cit. p. 75-76.

intenta alcançar o bem do indivíduo mediano dado e, por fim, o *utilitarismo igualitário* leva em conta a equidade na distribuição da felicidade para cada componente da sociedade.

John Marshall¹⁴⁴, por exemplo, defende um igualitarismo a ser incorporado como valor dentro do cálculo utilitário, pois, entende, ele, que se, conforme ao utilitarismo, a felicidade geral é desejável, consequência, é ser desejável também a felicidade de cada um, individualmente, já que, não há motivos para crer que alguém deva ser mais feliz que o outro. Ocorre, então, uma internalização do direito de igualdade na máxima utilitária.

Já, agora, se o utilitarista, em seu ato, maximiza a utilidade geral, inclusive considerando a distributividade, obtém, também seu quinhão de felicidade como qualquer outro, assim, conciliam-se os ideais utilitários e altruístas. Na prática, isto não ocorre, pois os homens não se sentem seguros e confiantes uns nos outros, portanto, não investem, por assim dizer, no possível retorno de seus atos de desprendimento.¹⁴⁵ Tal fato não pode, realmente, ser desprezado, nas atuais condições de vida da humanidade onde a discórdia é tão grande.

Como embasamento teórico-filosófico da LaE, a Teoria Econômica apresenta um interessante conceito de Utilidade Marginal, pelo qual o benefício adicional, que alguém obtém pelo aumento de uma unidade de consumo de algo, diminui a cada unidade somada e, este, é o princípio teórico de Posner em sua obra *Economic Analysis of Law*¹⁴⁶, a ser abordado posteriormente. Intentados, pois, alguns aportes sobre o princípio ético utilitarista, torna-se interessante verificar que a Teoria Posneriana da LaE também tem em sua estruturação principiológica uma atitude pragmática.

2.4.2.3 DO PRAGMATISMO

A LaE foi desenvolvida, na cultura norte-americana, obviamente, por ter, nela, encontrado condições histórico-sociais favoráveis. Abordados que foram os aspectos histórico-jurídico-econômicos, resta, verificar como pressuposto filosófico da LaE a questão do pragmatismo norte-americano.

¹⁴⁴ MARSHALL, John . *Egalitarianism and the General Happiness* . in Harlan B. Miller e William H. Williams . eds. *The Limits of Utilitarianism*. Minneapolis : University of Minesota Press 1982. pp. 37-40.

¹⁴⁵ Um exemplo a ser pensado pode ser o da empresa que facilita o estudo para seus empregados. Isoladamente, talvez ela não maximize seus lucros, entretanto, na medida em que as demais empresas adotem o processo de ensino na própria instituição, a felicidade geral da sociedade aumenta, inclusive, com retornos óbvios para as próprias empresas investidoras; em termos de mão de obra, produtividade, etc.

¹⁴⁶ No mesmo sentido ver DIEGO FARREL, MARTÍN. *Métodos de la Ética*. Op. cit. p. 227.

O *modus vivendi* que levou à adoção de uma perspectiva economicista no Direito é típico das culturas anglo-norte-americanas que povoaram a Inglaterra e a Norte-América; sendo caracterizado, principalmente, por uma atitude racional-técnica e voltada ao real e à solução do real ou, em outras palavras, trata de uma visão de mundo tal qual este se apresenta, buscando, na ocorrência de problemas que lhe são inerentes, soluções práticas.

Nos EUA, é detectada uma rica influência filosófica exterior, na produção intelectual, entretanto, principalmente, a partir do fim do século XIX, tornou-se tradicional no pensamento norte-americano a avaliação pragmática de idéias conforme prestem-se a aplicações práticas.

Destacaram-se, como doutrinadores pragmáticos, William James¹⁴⁷ (1842-1910), Charles Sanders Peirce (1839-1914), Chauncey Wright (1830-1875) e John Dewey, dentre outros.

Enquanto para Peirce o pragmatismo encontra-se no terreno da lógica, como simples método elucidador de conceitos; para James, trata-se de uma inovadora teoria da verdade - no campo ético - segundo a verificabilidade conductual - empírica - das suposições de forma a abandonar-se a lógica de antecedentes adotando a de conseqüentes. Agora, já não se defendem idéias pela sua veracidade *a priori*, mas pela sua funcionalidade. A verdade, neste sentido, passa a ser construída, segundo possibilite o avançar do homem em sua trajetória existencial, conseqüentemente, torna-se exigível de qualquer suposta verdade, sofrer o crivo da experiência e ter valor aplicativo no mundo real. Segundo suas palavras, *o que se precisa é uma filosofia que não somente exercite os poderes de abstração intelectual, mas que estabeleça alguma conexão positiva com o mundo real de vidas humanas finitas*.¹⁴⁸

O pragmatismo trata, pois, de uma reação empiricista a todo o racionalismo apriorístico e pode ser visto como desdobramento da posição kantiana. A teoria pragmática foi desdobrada em inúmeros posicionamentos tais como o biologismo, o ficcionalismo, o pragmatismo conceptualista, o holismo pragmático e outros, que, nesta análise, não cabe especificar.

Ao intentar solução prática para o Direito norte-americano da *Common Law*, pensadores como Posner¹⁴⁹ e todos os outros da LaE atuaram no sentido de dar caráter científico a este

¹⁴⁷ JAMES, William. *The varieties of Religious Experience Pragmatism. A pluralistic Universe. The Meaning of Truth. Some Problems of Philosophy Essays*. Op. cit.

¹⁴⁸ JAMES, William, *Pragmatismo e outros Textos* Op. cit. p.9.

¹⁴⁹ O próprio Posner declara a influencia da filosofia pragmatista em sua obra :

(...) O ramo do pragmatismo de que eu gosto enfatiza as virtudes científicas (mente aberta, pesquisas despidas de non-sense) eleva o processo da pesquisa acima de seus próprios resultados, prefere à efervescência à estase, repele distinções que não fazem diferença prática. Em outras palavra, rejeita a metafísica - é céptica na proclamação d objetivos confiáveis em qualquer área de pesquisa, é desinteressada em criar fundamentação filosófica adequada para seu pensamento e ação como experimentação, como matar vacas sagradas e - dentro dos limites da prudência - prefere amoldar o futuro do que manter continuidade com o passado. Assim eu estou falando

Direito evitando, por consequência, os desmandos da falta de um procedimento balizador universal entre os juizes.

Não se está, a questionar a possibilidade de haver critério outro que corresponda a uma possível e intuitiva justiça; entretanto, ocorre que, os fatos, economicamente considerados, urgiam, como ainda fazem urgir, do Estado, uma solução jurídica que, em dado momento considerado, mostrou-se e mostra-se, pela razão prática, adequada.

Assim vista, a verdade do Direito, enquanto eficiência posneriana, pode ser tida como construída a partir da tomada de consciência do mundo capitalista liberal democrático norte-americano. Neste sentido, não pode ser deixado de lembrar o ensinamento de W. James:

Os juizes falam, à vezes, a respeito da lei, e os mestres falam a respeito da língua latina, em um sentido que visa fazer seus ouvintes pensar em que eles têm em mente entidades preexistentes às decisões ou às palavras e à sintaxe, determinando-as inequivocamente requerendo obediência. Mas o mais ligeiro exercício de reflexão faz-nos ver, que ao invés de serem princípios dessa espécie, tanto a lei como o latim são resultados. As distinções entre legal e ilegal em conduta, e entre correto e incorreto na fala, têm-se desenvolvido incidentalmente entre as interações das experiências detalhadas dos homens; e em nenhum outro sentido as distinções entre o verdadeiro e o falso em crença jamais se desenvolveram. A verdade enxerta-se na verdade prévia, modificando-a no processo, do mesmo modo que a língua enxerta-se no idioma anterior, e a lei na lei anterior.

Dada uma lei prévia e um novo caso, o juiz transformá-los-á em nova lei. Idioma anterior; nova gíria ou metáfora ou idiotismo que atinja o gosto público; e pronto, uma nova linguagem é feita. Verdade prévia, fatos recentes, e em nossos espíritos uma nova verdade.

Durante todo esse tempo, todavia, fazemos de conta que o eterno não está se desenvolvendo, que uma prévia justiça, gramática ou verdade estão simplesmente fulgurando e não sendo feitas. Imagine-se, porém, um jovem no tribunal pondo à prova casos com a sua noção abstrata 'da' lei, ou um sensor de linguagem deixado à solta nos teatros com a sua idéia 'da' língua materna, ou um professor designado para uma conferência sobre o universo atual, com sua noção racionalista 'da Verdade', com V grande, e que progressos fazem? A verdade, a lei e a língua consomem-se a distância belamente, ao menor toque do fato novo. Essas coisas fazem-se à medida que prosseguimos. Nossos direitos, ofensas, proibições, penalidades, palavras, formas, línguas, crenças, são tantas outras criações novas que se acrescentam tão rápido quanto prossegue a história. Longe de serem princípios antecedentes que animam o processo, a lei, a língua, a verdade não são senão nomes abstratos para os seus resultados.

(...) A importância da diferença entre pragmatismo e racionalismo mostra-se, agora, a vista através de toda a sua profundidade. O contraste essencial é que, para o racionalismo a realidade já está pronta e completa desde toda a eternidade, enquanto para o pragmatismo está, ainda, sendo feita., e espera parte de seu aspecto do futuro. Por um lado, o universo está absolutamente firme; por outro, está ainda perseguindo suas aventuras.¹⁵⁰

A filosofia pragmatista vem complementar o pensamento realista norte-americano a consagrar a LaE como *Law in action* traduzindo a tônica do discurso jurídico que passa a ser iniciativa da ação. Assim, se a força normativa do Direito for ineficiente e destoante do vivido no mundo real e atual, os agentes atuarão à margem do instituído. Neste sentido, os destinatários da norma passam a não ser meros espectadores mas efetivos criadores do Direito conforme suas preferências e interesses.

O Direito, passa, então, conforme influência pragmática, a ser visto, em sua concepção instrumentalista, marcado pela utilização das teorias do valor de cunho utilitarista a intentar a mudança social pela eficiência.

de uma atitude mais do que um dogma, uma atitude cujo denominador comum é um instrumentalismo, orientado para o futuro, que procura desdobrar o pensamento como uma arma, para viabilizar uma ação mais efetiva. (em inglês no original). Ver in POSNER, Richard. C. West. *The American Evasion of Philosophy: A Genealogy of Pragmatism*. 5. 1989. pp. 27-28 e _____. *The Problems of Jurisprudence*. Op. cit. pp. 455 e ss.

¹⁵⁰ JAMES, William, *Pragmatismo e outros Textos*. Op. cit. pp. 87-88 e 93.

Na certeza de ter delimitada a influência pragmática na consecução da LaE, seja encaminhado o raciocínio, agora, para algumas causas sociais outras, aqui, denominadas e significadas como economicistas.

2.4.2.4 DA FILOSOFIA ECONOMICISTA:

A finalidade deste item da pesquisa é reunir algumas idéias de fundamentação economicista para o comportamento da sociedade norte-americana que, no campo jurídico-acadêmico e, mesmo, na pragmática dos tribunais, adota a LaE.

Uma inovação deste tipo não surge momentaneamente e, sim, é fruto de um meio social, onde a população, como um todo, e os operadores jurídicos percebem espontaneamente, comuns pontos de vista ou visões de mundo - o que não pode corroborar com idéia de imposição. Assim, tendo sido verificada a questão da influência filosófica, do pragmatismo, jurídica, do realismo, resta identificar, ainda, uma influencia de caráter economicista que impera no meio social norte-americano.

A influência economicista é observada, inclusive, a partir da orientação religiosa norte-americana. Max Weber¹⁵¹ possibilita uma análise essencial sobre a questão da influência religiosa protestante a justificar uma práxis econômica distinta da inerente a Países como os de orientação conforme aos dogmas da Igreja Católica Apostólica Romana.

Não é por acaso que os países de maior desenvolvimento econômico encontram-se no hemisfério norte onde, geralmente, procedeu-se uma revolução ou modificação religiosa. As religiões protestantes ascéticas, de forma geral, justificam a possibilidade do lucro a satisfazer desejo humano como algo inerente à natureza do próprio homem. Trata-se, mesmo, de um *ethos* econômico em que o indivíduo arroja-se em atividades empresariais objetivando um retorno e correndo riscos justificados pelo racionalismo protestante ou afim.

Diferentemente, os cânones católicos ocidentais inerentes à Igreja Católica Romana, muito condenaram, como usura, a prática econômica, além de terem, de certa forma, incentivado a indolência neste campo uma vez que a idéia de contemplação do paraíso não levava à ação econômica.

Max Weber, analisando B. Franklin afirma a respeito da ética economicista:

¹⁵¹ WEBER, Max . *A ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. Op. cit. 1994.

De fato, *summum bonum* desta 'ética', a obtenção de mais e mais dinheiro, combinada com o estrito afastamento de todo gozo espontâneo da vida é, acima de tudo, completamente destituída de qualquer caráter eudemonista ou mesmo hedonista, pois é pensado tão puramente como uma finalidade em si, que chega a parecer algo de superior à 'felicidade' ou 'utilidade' do indivíduo (...) Ganhar dinheiro, dentro da ordem econômica moderna é, enquanto for feito legalmente, o resultado e a expressão de virtude e de eficiência em uma vocação; e esta virtude e eficiência são, como não é difícil de se ver agora, os verdadeiros alfa e ômega da ética de Franklin (...).¹⁵²

Em função desta visão ampla e liberal da prática religiosa nos EUA, possivelmente, tornou-se propícia a difusão de um capitalismo forte e, conseqüentemente, no campo jurídico, a influência da racionalidade econômica como critério de justiça.

No que diz respeito à doutrina econômica, podem ser-lhe traçadas algumas premissas.

Economistas e doutrinadores consagrados no mundo ocidental capitalista de influência anglo-saxã, de uma maneira geral, adotaram o pensamento utilitarista como base do racionalismo econômico, que, por sua vez, é base filosófica da LaE a despeito da opinião de Posner.

Façam-se presentes as seguintes palavras de Arthur Kaufmann ao apologizar as atividades intelectuais anglosaxônicas e, em especial, ao economicismo inglês:

*Hay además otra tradición de pensamiento que se ha desarrollado (...) la tradición analítica propia del mundo anglosajón. Aunque su principal representante en nuestro siglo sea un austriaco, Wittgenstein, y austriacos sean todos los llamados representantes del círculo de Viena, como Schlik, Neurath, Carnap, o próximos, como Popper, lo cierto es que su sede geográfica real está en Inglaterra, la Patria del nominalismo, del 'doctor subtilis', de Ockam, de Hobbes, de Locke, Hume, del pensamiento utilitarista y economicista, de Smith, Bentham, Austin y Hart. (...) No es extraño que la economía haya surgido en este contexto de pensamiento, pues la ciencia económica es la ciencia social analítica por excelencia.*¹⁵³

Impera no pensamento economicista o grande problema da escassez como sobrevivência individual ou do semelhante. É a busca de solução racional para necessidades, e, neste ponto, surge, o Direito, como que para assegurar esta sobrevivência¹⁵⁴.

¹⁵² Op. cit. p.33.

¹⁵³ ARTHUR KAUFMANN e WINFRIED HASSEMER. *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Op. cit. p.17.

¹⁵⁴ Weber afirma que, dentre outras circunstâncias, como se percebe por qualquer pesquisa, interesses capitalistas contribuíram para abrir caminho à predominância do direito e à administração de uma classe de juristas especialmente treinados na legislação racional, não sendo entretanto os únicos, e nem sequer os principais. Ver in WEBER, Max. *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. Op. cit. p. 10.

Montesquieu afirma quanto ao papel do Direito: *A confiança no Direito próprio que se tem nas repúblicas faz possível que tudo se empreenda, como cada qual acredita ter seguro o que adquiriu, procura adquirir mais; todos os riscos que corre o comerciante estão nos meios de adquirir e os homens confiam em sua boa sorte.* in MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973. v. XXI. p. 344-345.

Por sua vez, Adam Smith, assim, expressa: *O comércio e as manufaturas raramente podem florescer por muito tempo em um País que não tenha uma administração de justiça normal, no qual as pessoas não se sintam seguras na posse de suas propriedades, no qual a fidelidade nos contratos não seja garantida por lei e no qual não se possa supor que a autoridade do Estado seja regularmente empregada para urgir o pagamento das dívidas por parte de todos aqueles que têm condições de pagar(...), o comércio e as manufaturas raramente podem florescer em qualquer País em que não haja um certo grau de confiança na justiça do Governo.* in SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. 1983. Op. cit. pp. 316.

A respeito do impacto da juridicidade sobre os processos econômicos, é recomendável leitura in GIOFFRÉ, Marcelo A. e MORANDO, Mario J. *Economía y Orden Jurídico. El impacto de la Juridicidad en los Procesos Económicos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1994.

Bobbio ensina que o Direito está, na atualidade, aderindo a outras ciências sociais, abandonando o *fetichismo da lei* e a posição de instrumento de mudança e de controle social.

Na sociedade de massas, a persuasão torna-se mais eficiente do que a coerção legal e o Direito, pois, passa a ser visto de modo providente. Diz este autor que (...) *una sociedad en la que, en el limite, toda forma de desviación haya sido vencida antes de que pueda realizarse, es una sociedad sin Derecho o, al menos, sin ese aparato juzgador y represivo en el que se ha cifrado por larga tradición la esencia misma del Derecho.*¹⁵⁵

Na Análise Econômica, existe uma situação tal em que não se faz necessário nenhuma força ou móbil de influência para obter mudança social: trata-se do dito *Ponto de Equilíbrio de Mercado*. Nesta situação, e dentro da ótica da LaE, o Direito perderia sua função e, não atingido o eficiente equilíbrio, restar-lhe-ia a tarefa de proceder a um juízo de valor moral ou ético a fim de escolher, dentre as diversas possibilidades sociais, em qual operaria a sociedade, voltando para nova posição estável conforme disposição de meios, instrumentos e desejos.

Agindo egoística ou altruisticamente, os indivíduos têm, sempre, consigo o intuito de ganho. Max Weber lembra que o lucro ou ganho maior possível não é impulso específico da atividade econômica capitalista, antes é inerente ao próprio homem¹⁵⁶. Assim, se o indivíduo vai, por exemplo, ao judiciário em busca de um ideal de justiça, também o faz em função de atitude racional de busca do ressarcimento compensador de seu instinto de ganho.

Entre a benevolência do máximo desprendimento material e o egoísmo extremado, existe um grau de aceitação - racional, moral, ético e justo que é o ponto de equilíbrio a ser alcançado pelo Direito, maximizando a felicidade da sociedade.

O pensamento economicista embasa seus estudos na utilidade e preferência. Para os economistas *utilidade*¹⁵⁷ é a característica que torna um bem desejado. O problema maior em relação a tal preferência por determinado bem é a valoração subjetiva e, mesmo, a comparação interpessoal de gostos.

O pensamento utilitário, pode, de certa forma, remontar à longínqua Grécia onde Epicuro pregava em relação ao meio social a doutrina hedonista ou eudemonista que sublimava o egoísmo, principalmente em relação a sua idéia de prazer e de dor. Shumpeter lembra que, embora diferentes, as idéias utilitárias modernas como as de Bentham, não deixam de ter certa

¹⁵⁵ BOBBIO, Norberto.. *Derecho y Ciencias Sociales. In : Contribución a La Teoria del Derecho*. Trad. Alfonso Ruiz Miguel edición española. Valencia : Fernando Torres - Editor, 1980. p. 227.

¹⁵⁶ WEBER, Max . *A ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. 1994. Op. cit. pp. 4 e 33.

¹⁵⁷ Remete-se o leitor ao Glossário e ao item 1.5.1 do Capítulo I da presente pesquisa para maior compreensão.

conexão com as postulações daquele pensador¹⁵⁸.

Desde os clássicos - Adam Smith (1723-1790)¹⁵⁹, David Ricardo (1772-1823)¹⁶⁰ e Jean Baptiste Say (), - o assunto é intrigante. Na Teoria moderna aplica-se um enfoque psicológico à análise do comportamento humano. Os hedonistas como Gossen (1854), Jevons (1835-1882)¹⁶¹ e Walras (1834-1910)¹⁶² tinham a utilidade como qualidade mensurável de um bem; ou seja, ao serem consumidas maiores quantidades desse bem, aumentava-se a utilidade total cardinalmente, sendo independentes as utilidades dos diversos bens.

Ora, nem é possível medir utilidades e nem é indiferente o consumo de um bem em relação a outro. Desta forma, Edgeworth (1881), Antonelli (1886) e Irving Fisher (1892) assumiram que a utilidade era qualidade mensurável de um bem, em dado espaço de tempo, segundo seu consumo, ainda levado em consideração o consumo de outros bens. Persistiu, pois, o problema da mensuração cardinal que foi resolvido por Pareto¹⁶³ (1848-1923), para o qual, não interessa medir, cardinalmente, a utilidade de um bem e sim efetuar uma comparação ordinal entre a possível satisfação propiciada por esse bem em relação a outro em dado nível de consumo.

A partir da evolução da teoria paretiana da Utilidade Marginal, foram aprimorados critérios de decisão econômica como a Teoria dos Jogos e critérios de eficiência de Pareto e Kaldor-Hicks. Se, no campo doutrinário, floresceu uma teoria justificativa da ótica capitalista, mormente, verificou-se o efetivo crescimento industrial e econômico norte-americano.

Em meio, pois, a influências próprias do *american way of life*, bem como do até aqui referido, alguns pensadores das áreas jurídica e econômica intentaram associar ao Direito racionalidade econômica; verificando que, tanto no momento legislativo - normativo - como no jurídico, ao ser analisado, positivamente, o caso concreto, de forma inegável, é verificada a influência no equilíbrio econômico das diversas partes envolvidas.

¹⁵⁸ SCHUMPETER, Joseph A. *História del Análisis Económico*. 1984. Op. cit. p. 79.

¹⁵⁹ SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Op. cit.

¹⁶⁰ RICARDO, David. *Princípios de Economia Política e Tributação*. Op. cit.

¹⁶¹ JEVONS, William Stanley. *A teoria da economia política*. 1983. Op. cit. p. 47.

¹⁶² WALRAS, Léon. *Compêndio dos Elementos de Economia Política Pura*. 1983. Op. cit. p. 19.

¹⁶³ PARETO, Vilfredo. *Manual de Economia Política*. 1984. Op. cit.

2.5 OS PRECURSORES TEÓRICOS

Introduzindo a abordagem posneriana, aconselhável, é, delinear algumas idéias quanto aos precursores no trabalho de aplicação da Teoria Econômica ao Direito. Assim, podem ser esboçadas as idéias básicas de Guido Calabresi contidas, dentre outras, em suas citadas obras: *El Coste de los Accidentes: Análisis económico y jurídico de la reponsabilidad civil* e *Some Thoughts on Risk Distribution and the law of Torts*; ¹⁶⁴ bem como, a obra de Ronald Coase intitulada *The problem of Social Cost* ¹⁶⁵.

Ditos trabalhos iniciaram e deram causa a uma nova abordagem do Direito norte-americano, racional e técnica demonstrando um caráter instrumentalista-finalista para este, através de um aparato analítico demonstrador das conseqüências da aplicação das normas jurídicas ao meio social, que pode reagir de forma contrária ao esperado legalmente, e o custo administrativo de lograr a eficácia social da norma.

2.5.1 AS TEORIAS DE CALABRESI.

Guido Calabresi nasceu em Milão na Itália em 1932, tendo ido para os EUA em 1939. Estudou em Yale e Oxford, respectivamente Direito e Economia. Em 1962 foi nomeado professor permanente da Faculdade de Direito da Universidade de Yale, onde desenvolveu obra que, amadurecida no meio acadêmico, ficou conhecida como Análise Econômica do Direito; abordagem, no entanto, distinta da realizada por outro pensador destacado nesta aplicação econômica ao Direito chamado Richard A Posner.

Calabresi defende valores distintos da eficiência como determinantes do Direito de forma a dar caráter normativista para este, considerando, entretanto, a análise econômica na avaliação das conseqüências normativas; diferentemente de Posner defensor incondicional do Direito como eficiência em termos de maximização da riqueza destacando, assim, o seu caráter positivista.

¹⁶⁴ CALABRESI, Guido. *El Coste de los Accidentes : Análisis Económico Y Jurídico de la Responsabilidad Civil*. 1984. Op. cit. e _____. *Some Thoughts on Risk Distribution and the law of Torts*. Op. cit. pp. 499-553.

¹⁶⁵ COASE, Ronald H.. *The Problem of Social Cost*. , 1960. Op. cit.

A contribuição teórica do autor¹⁶⁶ é grande e inovadora ao invocar o caráter economicista da elaboração normativa, principalmente, no campo de seguros e cobertura de riscos intentando, assim, desvelar as incoerências entre as normas e seus fins que nem sempre são altruístas. Ensina, o autor:

Nossa sociedade não deseja preservar a vida humana a qualquer preço. Em seu sentido mais amplo, a idéia desagradável de que estamos dispostos a destruir a vida nos haverá de resultar evidente. (...) Mas o mais significativo para o estudo da responsabilidade civil, e, quíçá tão óbvio como o anterior, é que as vidas não só se sacrificam quando el quid pro quo é algum grande princípio moral, senão também, quando estão em jogo questões de mera conveniência. (em espanhol no original)¹⁶⁷

Em 1961 Calabresi publica o artigo *Some Thoughts on Risk Distribution and the law of Torts* quando, então, emprega a Teoria Econômica para analisar a distribuição do risco pela prática legislativa, no âmbito do Direito.

Em verdade, se, o Direito determina e justifica a indenização do ofendido por parte de quem ofende, mesmo que por culpa, ou também determina a indenização por parte de terceiros - seguradoras - necessário é estudar as implicações econômicas das diversas políticas legais que, em última análise, implicam em custos sociais para os envolvidos. Dessa forma, o número de acidentes ou seu custo total é produto de decisão da própria sociedade em questão. Exemplificativamente, quando determinado governo decide o emprego de uma quantidade X do orçamento disponível em segurança policial, automaticamente, esta assumindo um nível, identificável, de delitos a ser, estatisticamente, observado, bem como, logicamente, esta evitando a possibilidade de ocorrência de um número Y de delitos. Parece que não há novidades no exemplo dado, entretanto, analise-se-o criteriosamente.

Geralmente, os governos dos Estados têm uma disponibilidade de recursos orçamentários dada e restrita para as diversas atribuições como saúde, educação, policiamento, etc. O fato é que, ao assumir um rateio orçamentário aquém das necessidades para as diversas rubricas, determina-se, inexoravelmente, a não eficácia total na solução dos problemas sociais em função, justamente, dessa falta de toda a quantia necessária de recursos exigida por

¹⁶⁶ O pensamento do economista foi construído em algumas décadas, sendo de destacar obras suas como, v. g. *Some Thoughts on Risk Distribution and the law of Torts*, *Yale Law Journal*, v. 70, 1961, pp. 499-553; *The Decisions for Accidents: An Approach to Non-Fault Allocation of Costs*, publicado na *Harvard Law Review* em 1965, *Fault Accidents, and the Wonderful World of Blum and Kalven*, publicado na *Yale Law Journal* em 1965, *Transaction Costs, Resource Allocation, and Liability Rules*, publicado em *The Journal of Law and Economics*, v. II, 1967, pp. 67-73; em 1970, *El Coste de los Accidentes: Análisis económico y jurídico de la reponsabilidad civil*, em 1972, trabalhou com seu discípulo Douglas A Melamed publicando *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One view of the Cathedral* na *Harvard Law Review*, também, no campo da responsabilidade objetiva elaborou *Toward a Test for Strict Liability in Torts* na *Yale Law Journal*, v. 81, 1972; em 1975 publicou, com relação ao princípio da causalidade *Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven Jr*, na *University of Chicago Law Review*, v. 43, 1975, pp. 69-107; quanto a contratos, destaque-se *Torts. The Law of the Mixed Society* publicado por B. Schwartz em 1976 na *American Law: The Third Century*, NYU, Fred B. & Co., South Hackensack, New Jersey e, ainda, ressaltando a questão das escolhas *Tragic Choices*, Norton & Co. New York, 1978.

¹⁶⁷ CALABRESI. *El Coste de los Accidentes: Op. cit.* pp. 35.

determinada rubrica. Assim, se para um policiamento 100% efetivo, que, teoricamente, garante absoluta segurança aos cidadãos fosse necessária uma verba de $X + Z$ e, ocorresse, conforme afirmado, que o referido policiamento recebesse apenas X para seu reequipamento e para pagamento de salários; isto acontecendo - por que os recursos são escassos dentro do limite orçamentário - faz restar, para esse governo em questão, a certeza de que, esta corroborando com a possibilidade da ocorrência de Y delitos, pela falta de Z recursos.

Nesta demonstração da realidade, a LaE torna-se calculista e um tanto adversa para os ouvidos acostumados aos discursos jurídicos que defendem situações dadas como retas, justas, sem, no entanto, avaliar as consequências econômicas da intervenção da lei ou do julgado. A Ciência Econômica pode, segundo o autor, ser um instrumental analítico revelador da realidade não tão pitoresca da natureza humana e de seus problemas em sociedade.

Em outro citado trabalho, *El Coste de los Accidentes: Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*¹⁶⁸, Calabresi preocupa-se, basicamente, com a análise de acidentes¹⁶⁹ e a instituição dos seguros como método para fazer frente ao risco corrido em função do exercício de atividades que podem vitimar outrem. Analisa, pois, a questão do que ele chamou *first-party insurance* - seguros pela ação do beneficiado - e *third party insurance* - seguros contra a ação envolvendo terceiros; determinando as consequências jurídicas de assegurar danos que dependem da precaução e das medidas que o segurado tome para proteger a si e a seu patrimônio da agressão de terceiros; bem como, os resultados inerentes ao seguro frente a terceiros ou de responsabilização civil em função da potencialidade do segurado em causar dano a terceiro, respectivamente.

Calabresi observa que, ao consagrar-se o seguro reparador dos custos inerentes à responsabilização civil por dano causado a terceiro; mesmo em função de culpa no exercício de atividade desenvolvida pelo ofensor, passa-se a estipular um preço que este último paga para poder ofender a outrem. De fato, há aqui algo de estranho, algo de inverso em relação aos tradicionais valores morais e a consagrada teoria da culpa, mas que, inexoravelmente, esta presente no meio jurídico-econômico-social e, assim, Calabresi detecta e estuda o caráter

¹⁶⁸ O autor inicia o Capítulo 1 de sua obra justificando: *En los últimos años se ha presenciado un retorno al problema de la responsabilidad civil. La reacción popular al número creciente de accidentes de tráfico y el aumento de las primas de los seguros, así como la pretensión de algunas compañías aseguradoras de cubrir sólo los riesgos normales, han convertido al seguro del automóvil y a ese tipo de accidentes en objetos de una controversia política importante. Al mismo tiempo, la tendencia continua de la jurisprudencia hacia la objetivación de la responsabilidad civil en general y, en particular, las numerosas articulaciones de sistemas amplios de seguridad social han obligado a plantear a los comentaristas problemas tales como los límites de un sistema de responsabilidad sin culpa y la eficiencia de los sistemas de compensación extrajudicial* in CALABRESI, Guido *El Coste de los Accidentes...* Op. cit. p. 23.

¹⁶⁹ Calabresi apresenta detalhada bibliografia sobre acidentes e responsabilização por culpa abrangendo autores ingleses tais como H.L.A Hart e Derek W. Elliott; franceses como André Tunc; alemães, como Eike von Hippel; italianos como Pietro Trimarchi dentre outros. Ver in CALABRESI, Guido. *El Coste de los Accidentes...* pp. 319-320.

funcionalista - finalista do Direito. Já, agora, é reconhecido que, em muitos casos, a sociedade assume os riscos de alcançar certos objetivos, mesmo que, em função da perda de bens e de vidas. O Direito que, tradicionalmente, tem, na vida, ponto indiscutível, passa a dispor sobre ela de forma calculista.

Ao ser, legalmente, instituído, o seguro de responsabilidade civil por culpa - *stricto sensu* - em relação à atividade que, possivelmente, leve risco a terceiro, almejada está a proteção do patrimônio do causante e a garantia do ressarcimento da vítima ou família pelo prejuízo sofrido; entretanto, se a culpa leva à indenização, especial atenção deve ser dada à forma pela qual as pessoas reagem ante a disposição jurídica; ou seja, o reflexo, quanto ao aumento ou diminuição do número de acidentes, em função de determinada estipulação legal ou, mesmo, qual o custo social real que o sistema intenta quitar.

Diversas aplicações podem ser dadas ao estudo de Calabresi, seja em áreas de acidentes de trânsito, em relação aos custos de poluição do meio-ambiente e outras.

O Direito, passa, então, a ter um caráter funcional, não mais descritivo, e sim finalista ao analisar o estímulo que a norma oferece para quem cumpre o contrato ou não ofende a terceiros ou o gravame imposto aos agressores ou inadimplentes.

De todo modo, Calabresi defende o Direito e o Estado justificando-os, principalmente, para acertar erros que o mercado, de outra forma, não poderia fazê-lo e, principalmente, para alcançar fins outros que não a eficiência e distribuição de recursos tais como a equidade. Difere, conforme lembrado, de Posner e sua abordagem econômica do Direito, ensinando:

Ningún sistema de responsabilidad civil puede actuar sin tener en cuenta los actos que se consideran buenos, los que se consideran malos y los neutros. Todo sistema de responsabilidad civil que estimule la realización de actos malos será interpretado como injusto, tanto por el criterio como por la comunidad, a pesar de que sea realmente eficiente desde el punto de vista económico. (em espanhol no original)¹⁷⁰

Ao analisar o trabalho de Coase, Calabresi faz interessantes observações no sentido de uma possível redundância em um sistema de concorrência perfeita de mercado em que os custos de transação são zerados e no qual os agentes atuam racionalmente, entretanto, aceita que, em função da existência de uma má distribuição de recursos inicial, é necessária uma atitude corretiva, concretizada no mercado ou, na falta deste e em função de altos custos externos, através do Direito.¹⁷¹ Calabresi não está, pois, convencido de que o Direito seja

¹⁷⁰ *Op. cit.* p. 296.

¹⁷¹ Se for lembrada, aqui, a optimalidade de Pareto como sendo aquela em que é possível realizar uma nova redistribuição de recursos, tal que todos quanto percam com o novo arranjo possam ser compensados inteiramente pelos que ganham com ela e, ao final

Estado - enquanto determinante de um Direito instituído - a proteção máxima contra as arbitrariedades privadas ou públicas.

O pensamento de Calabresi representa a tomada de consciência, por parte da sociedade, de que suas decisões são influentes de forma a atingirem bens, normalmente, transacionáveis bem como bens, teoricamente, indisponíveis como a própria vida. Descortina, seu ensino, a hipocrisia de serem pensadas, as escolhas, em seu único efeito positivo revelando suas realidades no que diz respeito aos riscos e às percentagens estatísticas negativas abandonadas ao descaso em função da proteção de um exclusivo e intencionalmente prefixado Direito.

Se Calabresi determina, em seus estudos, a possibilidade de instrumentalizar o Direito pela Teoria Econômica, principalmente, através do estudo das escolhas, seus riscos e a possibilidade de um efeito negativo na fixação de seguros e responsabilização por danos causados; Ronald H. Coase reflexiona, basicamente, sobre o mercado e suas possibilidades a despeito de uma atuação ineficiente do Estado como agente regulador ou economicamente ativo, bem como, pondera, especificamente, sobre os custos de transação.

2.5.2 AS TEORIAS DE RONALD H. COASE

A LaE tem suas origens esboçadas, também, com o artigo de R.H.Coase denominado *The Problem of Social Cost* publicado em *The Journal of Law & Economics*, no ano de 1960, tratando de rever o entendimento de A.C. Pigou em relação ao problema da divergência entre o custo privado e o custo social de qualquer atividade econômica. Este é um dos fundamentos da *Economia do Bem-estar* clássica que, revisto segundo Coase, implica em uma nova Economia enquanto que, em relação à Ciência Jurídica, significa a utilização de um novo discurso, de uma nova linguagem na qual economistas e juristas examinam e quantificam os efeitos sociais do Direito, em campos que, até então, não eram, comumente, abordados pela análise econômica. Inovou-se ao elaborar uma nova relação entre Direito e Economia.

Coase, em sua teoria, determinou posição distinta da defendida pelo economista Pigou, defensor do *Welfare-State*. Para este último, os efeitos externos de uma atividade qualquer - poluição, contaminação, danos causados a terceiros, etc. - devem ser contabilizados pelo causante com fins à determinação, por parte do próprio ofensor, de sua posição ótima em relação ao desempenho de mercado, determinando, desta forma, o ótimo nível de emprego dos

diversos fatores produtivos e uma regra de responsabilização pelos danos causados a ser imposta pelo Estado. O autor de *The Problem of Social Cost* demonstrou, de outra forma, que, ao analisar de forma recíproca o problema das externalidades, supondo que não existem custos de transação e que os agentes atuam segundo comportamento racional, a distribuição de recursos resultante prescinde da discussão da equidade e verifica-se de forma independente da imputação inicial de custos; ou seja, independente da norma jurídica que imputa responsabilidades.

Em seu artigo, Coase referiu aos efeitos prejudiciais que o uso de uma propriedade pode acarretar sobre outra apresentando vários exemplos. Uma de suas análises conta com o tradicional exemplo da fábrica que polui, com fuligem, o varal de roupas de uma viúva em propriedade circunvizinha. Explica que, segundo o Direito tradicional, resta tornar a fábrica responsável por danos, impor taxas pelo distúrbio causado ou sua exclusão para distritos industriais. Este é o pensamento pigouviano de inclusão dos custos externos ou sociais citados na contabilidade da empresa em questão levando-a a uma atuação em ponto de equilíbrio de mercado distinto ao que seria normal caso houvesse negociação destes custos.

Coase chama a atenção para o fato de que existe natureza recíproca no problema dado, na medida em que, quando a empresa infligiu prejuízos à viúva, passou a ser possível questionar, além do tradicional cerceamento da ação da referida empresa, a possibilidade de ser permitida essa ação negativa sendo, a viúva, devidamente ressarcida de seus prejuízos. Ou, em outras palavras, a questão crucial pode estar em permitir-se que a empresa prejudique a viúva ou vice-versa.

Outro caso apresentado por Coase¹⁷³ é o de *Sturges versus Bridgman*, apresentado em um Tribunal da Suprema Corte Inglesa em 1879 no qual um confeitiro entrou em conflito com um médico que mudou-se para a propriedade vizinha em Wimpole Street. Passados oito anos, o médico construiu um consultório em seu jardim próximo ao prédio do confeitiro. Este último, no exercício de suas atividades utilizava de trituradores e pilões causadores de barulho e desconforto para o médico que necessitava de silêncio para o exercício de sua profissão. Pelo Direito tradicional, não há problema no que diz respeito ao direito de propriedade que é inerente a ambos, entretanto, economicamente, ocorre o que se denomina de *externalidade*. Assim, as atividades do confeitiro impuseram custos maiores ao médico - por exemplo, instalação de proteção acústica no consultório - ocorrendo uma imposição involuntária, mas,

¹⁷³ COASE. R. H. *The Federal Communications Commission*, 2 *Journal of Law & Economics*. 26-27.1959.

prejudicial.

As vezes esta imposição involuntária não é negativa, sendo que os efeitos involuntários da atividade de alguém podem acarretar benefícios para outrem - externalidades positivas. Mas, no caso citado, tendo a vítima recorrido à Justiça, foi expedido mandato suspendendo as atividades do confeitiro invertendo, a partir de então, o prejuízo pois, as externalidades, ainda continuavam existindo, uma vez que eram recíprocas. Conseqüentemente, infere-se que não importa ao Direito estipular quem causou o prejuízo e sim determinar um ponto ótimo de atuação que pode ser obtido a partir de uma solução de equilíbrio de mercado a internalizar os prejuízos.

No exemplo, restaria a possibilidade de o confeitiro indenizar o médico para que este dali mudasse, ou instalasse protetor acústico ou, mesmo tivesse compensados seus prejuízos pela falta de condições adequadas de trabalho. Do mesmo modo, poderia fazer o médico em relação aos possíveis custos do confeitiro ao cessar, este último, suas atividades no triturador e no pilão.

De qualquer modo, segundo ensina o mestre norte-americano, estas soluções, anteriormente descritas, seriam possíveis, a despeito da intervenção estatal-judicial. Evidente, pois, o teorema de Coase, em sua versão de neutralidade, em que, havendo condições para a barganha gratuita, sem custos, a solução eficiente é atingida independentemente de quem tenha a responsabilidade ou culpa, ou seja: *Quando os custos de transação são zero, a distribuição dos recursos independe da distribuição dos direitos de propriedade.*

Observa-se que, enquanto o custo de barganha é conhecido, economicamente, como custo de transação - incluindo o aparelho judicial, a procura de negociadores em mercado, a negociação da transação, etc.; os custos externos são os causados a terceiros não envolvidos diretamente na transação ou na atividade econômica de um dado agente ou agentes.

O Teorema de Coase parte das pressuposições de que os custos de transação são zerados; da voluntariedade da troca; do perfeito conhecimento do mercado que deve ser competitivo; de um Sistema de Justiça gratuito; de maximização de lucros dos produtores e de vantagens dos consumidores e, finalmente, de não haver efeito sobre a riqueza em função da troca.

Ao tratar dos efeitos sobre a riqueza, Coase propõe dois questionamentos básicos a saber: 1. Quanto dinheiro alguém está disposto a oferecer para livrar-se de uma externalidade ? ou 2. Quanto dinheiro alguém aceita como compensação para desistir dessa externalidade?

A resposta às duas perguntas é, respectivamente, o máximo que alguém está disposto a

pagar e o mínimo que esta disposto a receber. Para ficar mais claro, volte-se ao exemplo da fábrica que polui e da viúva que lava roupas. Se existe um Direito garantindo a ação da fábrica, a viúva estará disposta a pagar quantia de dinheiro para livrar-se do problema - externalidade - que não a deixe em pior situação do que quando com a poluição. Economicamente, aqui tem-se a chamada equivalência da Variação de Renda (VR).

Do contrário, ainda persistindo o direito de poluir da fábrica, resta a possibilidade de verificar qual o mínimo valor que a viúva aceitaria como indenização para permitir a continuidade da ação poluidora. Seria o equivalente à manutenção de um ambiente saudável. Trata-se, aqui, da Compensação da Variação de Renda.

Existindo diferença entre essas duas grandezas citadas acima, ocorre que, o Direito, não tem efeito neutro sobre a distribuição de recursos e, conseqüentemente, não é verificável o Teorema de Coase.

Uma outra versão do teorema coaseano é a da eficiência, onde, na ausência de custos de transação, uma distribuição eficiente de recursos será alcançada independentemente da parte favorecida pelo tribunal, ou de uma prévia distribuição de direitos de propriedade. Estipulado um direito de propriedade, estipula-se a distribuição de recursos, mas não a distribuição de benefícios pelo uso dos recursos, que, em condições do Teorema de Coase podem ser negociados entre a viuva e a fábrica, entre o confeitiro e o médico, ou ainda entre o criador de gado e o safrista também citados pelo autor.

Coase afirma que, considerados os custos de transação zerados, a barganha em mercado de concorrência perfeita¹⁷⁴ é possível independentemente da distribuição inicial dos direitos de propriedade. Assim, qualquer intervenção Estatal, inclusive, através do Direito, prefixando custos ou propriedades torna-se redundante à solução de mercado.

Em *The Problem of Social Cost*, o autor, ao tratar da distribuição de possibilidades entre um produto social ou privado da economia, discorda do tradicional tratamento pigouviano, sugerindo a internalização dos custos inerentes às externalidades de forma a propiciar uma redistribuição dos benefícios, independentemente da distribuição inicial da propriedade. Ensina, R. Coase, que *o custo para exercer um direito (de usar uma fábrica ou produção) é sempre a perda que é sofrida em alhures e noutra parte em consequência do exercício desse direito*¹⁷⁵. A afirmação faz lembrar que o direito de alguém começa onde acaba o de outrem,

¹⁷⁴ Ver tópico 1.6.1 do Capítulo I deste trabalho.

¹⁷⁵ COASE, Ronald H.. *The Problem of Social Cost*. Op. cit. .p.44.

ou a idéia de vasos comunicantes das ciências naturais e, mais, que a propriedade em si não se refere ao objeto propriamente dito, mas às relações entre agentes e o uso dado aos objetos.

O que ocorre, no entanto, é que, o Teorema de Coase, nem sempre, é aplicável aos problemas legais no mundo real, pois os custos de transação altos - externalidades - evitam barganhas de mercado. Verifica-se, então, que a transferência dos direitos de propriedade afeta não somente a distribuição dos ganhos, mas, também, a distribuição dos recursos. Resta saber, então, a resposta para a seguinte questão: Como distribuir os direitos de modo eficiente?

Posner dá a resposta afirmando que quando os custos de transação do mercado são proibitivos, os direitos devem ser concedidos àqueles que mais os valorizam. Aqui, é aplicado o critério de Kaldor-Hicks, como critério de eficiência para Posner. Propugna-se, assim, uma redistribuição do direito de propriedade segundo seu uso mais eficiente, que, em não ocorrendo no mercado, devido aos seus altos custos de transação, pode ser realizada em um Tribunal, mediante a apreciação do caso concreto como se, no mercado, estivesse sendo operada, através da estipulação de preços-sombra. Explique-se melhor o pensador de Chicago.

2.6 AS TEORIAS DE POSNER (*COMMON LAW*).

A Teoria de Richard A. Posner¹⁷⁶ iniciou, a veemente abordagem do Direito através da Teoria Econômica uma vez que áreas daquele antes não exploradas segundo o instrumental analítico da Ciência Econômica, agora, viam-se esmiuçadas em meio ao cálculo racional-economicista. Após anos de dedicada pesquisa com inúmeros trabalhos, realmente, o autor recebe seu merecido destaque no mundo acadêmico com a publicação da obra *Economic Analysis of Law* em 1973. Este trabalho foi notório em um momento de reconstrução do Direito norte-americano constituindo-se em consolidação técnico-informativa de estudos prévios que passaram a ser, então, manipulados por economistas e juristas, bem como, por iniciados em um ou outro desses ramos do conhecimento. Entretanto, o texto inovou, no meio acadêmico, também, pela riqueza de análise e variedade de assuntos, antes, do exclusivo domínio jurídico e que, agora, passam a ser abordados pela linguagem economicista.

O autor foi professor da Universidade de Chicago - EUA e, atualmente, é *Chief Judge of*

¹⁷⁶ A obra de Posner envolve diversos trabalhos que o consagraram conforme visto na nota número 37 do Capítulo II, deste trabalho, p 113.

the United States Circuit Court of Appeals, for the seventh Circuit at Chicago, Illinois. É considerado um dos idealizadores da chamada Escola da Doutrina *Law and Economics* sendo tomado, este termo, em relação à parte mais ampla ou tida como conservadora do movimento.¹⁷⁷ Em sua obra, dedicada à análise econômica do Direito, Posner intenta justificar a aproximação existente entre o Direito e a Teoria Econômica aplicando os princípios da LaE à *Common Law* em seus principais ramos, quais sejam os *Property Rights* - Direitos de Propriedade - do *Contract Law* - Direito Contratual e do *Torts Law* - Direito de Responsabilidade por ilícito civil; além de trabalhar áreas do Direito como a Constitucional, a de Direito de Família e a de Direito Penal. Também analisando, sob o novo enfoque econômico do Direito, áreas mais ligadas ao econômico tais como a de Regulamentação Pública do Mercado, O Direito das Organizações Comerciais e dos Mercados Financeiros e o Processo de elaboração Legal. Logo, no prefácio da primeira edição da referida obra, o autor expressa a necessidade de aproximação entre Economia e Direito¹⁷⁸:

¹⁷⁷ Lembrar que no mínimo quatro vertentes da *Law and Economics* são apresentadas no item 2.3 deste Capítulo.

¹⁷⁸ A ideia de tal aproximação não é nova e numerosas apreciações, sob diversos enfoques, a respeito da íntima relação entre Direito e Economia podem ser lembradas.

Karl Marx afirmou em sua obra:

A soma total das relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, os alicerces reais sobre os quais se constroem as superestruturas legais e políticas. Ver in MARX, Karl. Para a crítica da economia política: Salário, preço e lucro; O rendimento e suas fontes: a economia vulgar. Op. cit. p. 25

Enquanto Marx abordou a interligação do Direito e da Economia segundo seu materialismo histórico, Stammer reconhecendo a íntima ligação divergindo de ponto de vista e defendendo, o Direito, como elemento formal e autônomo de regulação exterior da vida humana. Para o autor o Direito e a Economia, entretanto, estão ligados pois ambos tratam da conduta humana regulada. Ensina:

(...) dá-se, pelo menos, base ao equívoco pensar que o Direito a Economia social constituem dois objetos independentes de investigação, enquanto que, na realidade, só pode tratar-se de um objeto único: a cooperação humana sujeita a regulação jurídica, dentro da qual cabe logo distinguir conceitualmente a forma e a matéria. (em espanhol no original) Ver in STAMMLER, R. Economia y Derecho. La concepción Materialista de la Historia. Op. cit. p. 158.

Roscoe Pound, como predecessor de Posner e expositor, nos EUA, do que se conheceu como Sociologia Jurídica analisou diversos casos e afirmou, já nos anos quarenta, em relação à possibilidade de um novo pensar do Direito vigente, com visão inovadora e própria ao momento vivido:

(...) Não foi o poder econômico que ditou decisões de casos particulares ou a promulgação de normas específicas, mas, antes, o processo econômico que levou a novas necessidades, novas pretensões, novas demandas e novas aspirações

(...) pressão de novos interesses exigiu que o pensamento tradicional fosse levado a servir a novos propósitos, assim como as velhas doutrinas foram chamadas para resolver novos problemas. Houve uma gradual transformação de preceitos, arraigados na tradição do direito americano e doutrinas clássicas, em razão da necessidade de aplicá-los a novas condições econômicas. Ver in POUND Roscoe. The Economic Interpretation and the Law of Torts. Harvard Law Review, v. 53, n° 3, Jan. 1940, pp. 366-367.

Outro pensador que, inclusive, apresenta em sua obra a história do mercado como instituto alicerçado sobre o Direito condicionando-o é Norbert Reich. Ensina o autor:

A circunstância de que em um Estado capitalista o direito encontra-se condicionado pelo sistema econômico, ainda que não coincida por completo com ele, constitui um lugar comum na doutrina (...) esse condicionamento do direito, junto a um simultâneo reconhecimento de sua relativa autonomia, está presente ao largo de toda a evolução do sistema jurídico. Esta afirmação não se limita unicamente ao direito da economia em sentido estrito, quer dizer, ao direito que se ocupa da regulação e manipulação dos processos de mercado, e sim alcança outros ramos do ordenamento que não contam-se, tradicionalmente, entre o direito e a economia, como são, por exemplo, o direito de família, o direito penal, o direito processual, etc.(...) O direito é um dos meios decisivos para que o Estado possa organizar os processos de mercado (regulação) e para que possa intervir neles (manipulação). Durante o século XIX o aspecto organizativo aparecia claramente em um primeiro plano. O instrumento jurídico da organização era o direito civil e as instituições jurídicas ligadas ao mesmo. (...) Para o Estado do séc. XIX não era necessário dotar de conteúdo a liberdade contratual e a garantia da propriedade. Podia confiar tranquilamente em que o contrato e a propriedade, junto com suas instituições conexas, concebidos como instrumentos jurídicos dos processos de mercado criariam em cada caso as figuras jurídicas mais adequadas para a realização de intercâmbios. (em espanhol no original) Ver in REICH, Norbert. Mercado y Derecho: Teoría y praxis del derecho económico en la República Federal Alemana. Prólogo Eduardo Galán Corona. tradução e notas Antoni Font. Barcelona: Ariel. 1985. pp. 29-30

Max Weber e Luhmann diferem da análise do Direito que olvida o caráter histórico-econômico de sua origem como, comodamente, é feito ao ser adotada uma perspectiva de relação entre sociedade e Direito. Ambos defendem um caráter racional de domínio; onde a racionalidade de mercado é ponto crucial. Seus pontos de vista diferem em relação à estratégia de formulação de conceitos, além do que, Weber escreveu

Nos anos recentes economistas e advogados acadêmicos com uma inclinação para a Análise Econômica, têm utilizado os métodos teóricos e empíricos da Economia para iluminar uma variedade de casos e problemas no Direito. Anteriormente Direito e Economia interpretavam-se somente nos campos da Regulamentação Antitruste e das Empresas de Utilidade Pública; hoje, o leitor diligente de jornais escolares pode também encontrar análises econômicas do controle do crime, do Direito da Infância, Análise de prejuízos contratuais, das Relações Raciais, da Administração Judicial, Regulamentação do funcionamento de Corporações e Seguros, problemas ambientais e outras áreas de interesse central no Sistema Legal Contemporâneo. O importante crescimento da Economia na educação legal é indicado pelo encontro de economistas nas Faculdades de muitas Escolas de Direito e pela gradual fusão dos Cursos de Direito com a evidência e racionalidade econômicas. (em inglês no original).¹⁷⁹

Aliás, afirma serem profundas as ligações entre as duas ciências uma vez que decorrem da Economia as características básicas do Direito:

Pareceria que a Teoria Econômica, embora comumente vista como um princípio, a moral da ordem social, tem implicações éticas. Ela fornece suportes imprevisíveis aos que creem não serem todos os comandos emanados da força do estado, habilitado a reclamar obediência como lei. (em inglês no original).¹⁸⁰

Para o ensinador de Chicago, a aplicação da Economia ao Direito não é coisa nova pois o que, realmente, é novidade é a variedade de problemas jurídicos inerentes a um avanço econômico-político-social¹⁸¹ que leva à aplicação da teoria Econômica como instrumental de análise para campos especiais do jurídico conforme se vê :

O Direito e Economia que é quase inteiramente novo na última década e meia - é a aplicação das teorias e métodos empíricos da Economia ao sistema legal apostando na *Common Law*, em campos tais como ilícitos civis, contratos, propriedade, teoria e prática da punibilidade, processo civil, processo criminal, processo administrativo, teoria da legislação e imposição do Direito e administração judicial. Enquanto o "velho" Direito e Economia confinava sua atenção às leis que governavam as relações econômicas explícitas e, de fato/realmente a uma completamente limitada gama de tais leis (o direito contratual, por exemplo, foi omitido), o "novo" Direito e Economia não reconhece tais limitações no domínio da Análise Econômica do Direito. (em inglês no original).¹⁸²

A pesquisa de Posner sobre a aplicação da Teoria Econômica ao Direito está, portanto,

visualizando um Estado não intervencionista enquanto Luhmann presencia o *Welfare-State*. Concordam, porém, que, o Direito das modernas sociedades distingue-se pela sua racionalidade de mercado. Ensina Max Weber :

Vamos referir-nos, agora, aos procedimentos mediante os quais se obtém a racionalização do direito, o desenvolvimento de suas atuais qualidades específicas. Neste contexto veremos como um direito pode ser racionalizado de distintas maneiras e não necessariamente mediante o desenvolvimento dessas qualidades. A linha em que estas se desenvolvem aparece condicionada por relações, digamos, 'internas', quer dizer, pelas particularidades específicas daqueles grupos de pessoas que, por razão de sua profissão, estão em condições de influir diretamente no modo de conformação do direito, e só indiretamente em pressupostos gerais de caráter econômico ou social. Por isso, a específica singularidade técnico-jurídica de um ordenamento, a classe de categorias de racionalização com que trabalha, é de primordial importância para que uma determinada instituição jurídica possa ser criada em seu seio, e isso em maior medida do que comumente se crê. As situações econômicas não geram automaticamente novas formas jurídicas, senão, tão somente constituem a possibilidade de que uma criação técnico-jurídica encontre sua expansão, se realmente chega a ser posta em prática (em espanhol no original) Ver in WEBER, Max . *Economia e Societá*. Op. cit. pp. 493-660.

Na relação entre mercado e Direito, Max Weber, pois, deduz as características do Direito das sociedades capitalistas modernas de forma a estruturá-lo formal e previsivelmente tomando-o calculável em detrimento do conteúdo. Luhmann refere a isto como um sistema em que o Direito volta-se aos *inputs* em lugar de ser direcionado aos *outputs*, prevalecendo a forma ao conteúdo como descreve ao abordar a questão da Programação condicional. Ver LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1985. Coleção Biblioteca Tempo Universitário nº80.p.27 e ss.

¹⁷⁹ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Op. cit. p. XI.

¹⁸⁰ Op. cit. p. 189.

¹⁸¹ Machado Neto e Zahidê Machado Neto acompanham a idéia da influência de fatores econômicos, dentre outros citados, como causas teleológicas, pelas quais, sem elas não há criação de fato jurídico. ver in NETO, A.L. Machado e NETO, Zahide Machado; O Direito e a vida Social. Leituras básicas de sociologia jurídica. Biblioteca Universitária, série 2ª, v. 18. São Paulo : Companhia Editora Nacional Editora da USP. 1966. p.100 e 108.

¹⁸² POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Op. cit. p. 16.

compilada na obra *Economic Analysis of Law* que foi publicada pela primeira vez em 1973, tendo sido reeditada em 1977, 1986 e em 1992. Originalmente, está dividida em sete partes abordando, inicialmente, alguns aspectos do pensamento microeconômico, as relações e as possibilidades de uma real aproximação entre Economia e Direito. Na parte dois, é, então, analisada a *Common Law* propriamente dita em sua unidade jurídica e aspecto moral com ênfase ao Direito de Propriedades, Contratos, Direito de Família, Ilícitos Cíveis e Direito Penal, restando à parte três a análise da Regulação de Mercados, destacando primordialmente a questão do Direito Antitruste, das relações de trabalho e a questão da escolha entre regulação de mercados e a *Common Law*. O Direito das Organizações de Mercado empresariais e de Organizações financeiras é tratado na parte quatro e, na parte cinco, Posner trabalha questões de justiça distributiva da riqueza. Respectivamente, nas duas últimas partes, abordam-se questões pertinentes ao Processo de elaboração Legal nos aspectos constitutivo, processual e administrativo das normas e a abordagem do Direito Constitucional.

Para Posner a *Economia é uma ferramenta poderosa para analisar uma ampla quantidade de questões de interpretação legal e de política*, e pode ser conceituada como a *ciência da escolha humana em um mundo no qual os recursos são limitados em relação aos desejos humanos*, considerando-se que o *homem é um maximizador racional de suas finalidades na vida, suas satisfações ou interesses pessoais*¹⁸³

Basicamente, três são as premissas econômicas básicas a saber: a relação inversa entre preço cobrado e quantidade demandada, conhecida como Lei de Demanda; a Lei de Oferta, alicerçada sobre a minimização de custos e a obtenção da receita maximizadora dos fatores de produção, ainda resultando destas duas leis o *Ponto de Equilíbrio Econômico* e, por último, a tendência dos recursos gravitarem em direção ao seu uso mais valioso em mercado.

Racional e economicamente agindo o homem procura a eficiência que *significa explorar recursos econômicos em tal modo que o 'valor' - satisfação humana assim como julgado pela boa vontade/disposição do agregado de consumidores em pagar por mercadorias e serviços é maximizado*¹⁸⁴. Fica evidente, que não há, implícito neste conceito, juízo de valor sobre ser boa ou má, justa ou injusta a distribuição da riqueza; assim, os economistas ao analisarem as implicações de uma norma legal, o fazem em termos técnicos identificando seus efeitos sociais em relação à eficiência e distribuição da riqueza, sem prescrever, através dela mudanças sociais

¹⁸³ *Op. cit.* p. 3.

¹⁸⁴ *Op. cit.* p. 10.

- positivismo.

Quando as *intenções de pagar* que, para Posner, caracterizam a eficiência, são voluntárias, não se tem dificuldade em apurar se uma transação de mercado é eficiente; entretanto, na maioria das vezes, as transações são involuntárias e podem acabar discutidas nos tribunais; tais como aquelas que envolvem acidentes e indenizações restando, aos juizes, atuar como se fossem intentar descobrir como passaria tal transação em mercado.

Outro ponto relevante, tratado pelo autor é o inerente a Análise Econômica do Direito normativa e positiva. Fica consagrada a idéia de que a Economia tem ambos papéis no estudo do Direito e das Instituições legais. Se é verdade que os economistas não podem alterar as políticas sociais, também o é, que, com suas análises, informam o quanto de um valor deve ser sacrificado para ser alcançado um determinado objetivo social orientando-se, assim, o elaborador da norma ou aplicador do Direito para a consecução de um fim eficiente; possibilitando, em última análise, o caráter normativo da LaE. De outro lado, a análise também possibilita, através da Ciência Econômica, verificar a eficácia de uma norma já positivada e que reflete, ou deveria fazê-lo, o dever ser jurídico, o que, também, demonstra o papel positivo da LaE ao acusar o efeito das normas tais como são verificados em sociedade.

Desta forma, a Teoria Econômica assume papel normativo e positivo no Direito. Quanto à normatividade, tem-se, realmente, a impossibilidade da Economia determinar a escolha social a legalizar, porém a possibilidade de demonstração da ineficiência de certas medidas e decisões clarificando o conflito de valores e o custo de uma opção em detrimento de outra. Outra possibilidade é a de determinação dos meios pelos quais, eficientemente, uma sociedade pode resolver seus problemas levando, ainda, a uma política legislativa e judiciária eficiente¹⁸⁵. Portanto, em última análise, verifica-se ser razoável a normatividade em função da Teoria Econômica através de um Direito instrumentalizado pela Análise Econômica indicativa da relação social eficiente que, consequentemente, traduz a positividade econômica do mundo real.

A *Common Law*, como unidade sistêmica¹⁸⁶, foi analisada por Posner em seu trabalho *Economic Analysis of Law* dentro de uma perspectiva de eficiência - maximização do valor - segundo a *intenção agregada dos consumidores em pagar* por determinados bens ou serviços, entretanto, sem desprezar o fato de que, conforme definitiva e plena convicção do doutrinador,

¹⁸⁵ No mesmo sentido, ver POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Op. cit. . p. 17-18.

¹⁸⁶ Op. cit. p. 178.

existe forte natureza econômica na relação entre Direito e Moral¹⁸⁷

O autor, antes mesmo de ver a atuação judicial para proveito das partes envolvidas, está preocupado com a adequada repercussão de um possível veredito na sociedade, em especial, nas classes ou categorias que, a exemplo das partes, poderiam estar envolvidas em novas demandas que implicariam novos custos sociais. A decisão, pois, deve ser preventiva da ocorrência de outros casos. Veja-se, v. g. , o caso dos acidentes de trânsito, aqui, decisões judiciais mais do que intentarem recomposição entre as partes, devem inibir novas trágicas ocorrências. Os economistas, neste caso particular, estão preocupados em desencorajar tais prejuízos mediante a sugestão de decisões capazes de gerar custos mais altos por meio de indenizações próprias para punir os infratores. Os advogados, de outra forma, estão voltados para a determinação do *quantum* de indenização que é devida ao caso passado sem perceber a ampla repercussão da decisão em termos da possibilidade de novas ocorrências - conforme o rito processual, os efeitos das decisões fazem coisa julgada entre partes, embora sendo *erga omnes*. Destaca-se, então, a questão da divergência entre o olhar de mundo do economista e do jurista; enquanto o primeiro intenta vislumbrar o futuro e as conseqüências de uma decisão ou norma em relação, inclusive, à sociedade, o segundo volta-se para o passado tentando recuperar o *status quo* das partes envolvidas e, em segundo plano, implementar a possível atitude coibidora da ação social delinqüente.

Vê-se, portanto, *ex positis*, que as abordagens Posnerianas são instigadoras à reflexão, inclusive referindo a pontos polêmicos como é o caso do Direito Penal e de Família dentre outros. No que diz respeito ao Direito Penal norte-americano, por exemplo, Posner raciocina os ilícitos penais em termos de relação custo/benefício afirmando que (...) *uma pessoa comete um crime porque as vantagens esperadas do crime excedem para ela os custos esperados*.¹⁸⁸ De outra forma, criticando uma pseudo-justiça inerente à Lei Antitruste, o autor defende a cobrança de multas e punições pecuniárias em detrimento de ineficientes prisões que levam prejuízo aos cofres da sociedade.

Ainda questiona pontos delicados da conduta humana quando, v.g., admite a venda de bebês no caso em que a opção da mãe seja o aborto ou escreve sobre as possibilidades de um mercado de adoção de forma a contabilizar *intenções* de possíveis pais adotivos em relação aos gastos para efetivar a adoção, assim como, reforça seu entendimento sobre as considerações a

¹⁸⁷ *Op. cit.* p. 187.

¹⁸⁸ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. *Op. cit.* p. 164.

respeito do *lar como unidade produtiva* onde desenvolvem-se atividades maximizadoras de bem estar dos casais e sua prole.

Tratando de acidentes de trânsito e a respectiva indenização, observa o autor que o Direito não almeja incorajar a atitude culposa e, sim, desestimulá-la por meio de condenações pecuniárias, ensinando:

A associação da negligência com a reparação puramente compensatória tem levado à errônea impressão de que a responsabilidade por negligência é promovida unicamente como expediente de compensação. Sua função econômica é diferente. É deter a ocorrência de acidentes antieconômicos. Como é sabido a quantia certa de obstáculo é produzida compelindo-se os causadores de danos a reparar as perdas das vítimas. Onde eles são forçados a pagar mais (perdas e danos) alguns acidentes de conteúdo econômico também podem ser obstruídos, onde for permitido pagar menos do que a compensação, alguns acidentes dispendiosos não serão evitados.¹⁸⁹

Com objetivo de ilustrar, posteriormente, futura aplicação da LaE à *Civil Law*, bem como, de ambientar o leitor com as aplicações econômico-jurídicas acrescentam-se específicas abordagens de Posner à *Common Law* segundo seu entendimento, principalmente, quanto aos três ramos básicos desta, quais sejam, os *Property Rights* - Direito de Propriedade, o *Contract Law* - Direito Contratual e as *Liabilities Rules*, bem como, da aplicação das referidas técnicas econômicas de análise ao Direito Econômico e ao Direito Constitucional norte-americano.

2.6.1 O DIREITO DE PROPRIEDADE.

No que diz respeito ao Direito de propriedade, Posner acredita que o mercado é o melhor e mais eficiente meio de determinar tal Direito com vistas a um uso ótimo dos recursos¹⁹⁰, em detrimento de uma alternativa intervenção do Estado, principalmente, determinando os *Property Rights*, bem como impondo morosos e discutíveis processos judiciais; ainda reconhecendo que o ponto de vista econômico, por vezes, difere do jurídico sobre a questão da propriedade.

Tal como faz Calabresi, Posner, ao defender o mercado como designador dos direitos incompatíveis de propriedade defende que, esta deve ser atribuída a quem lhe designe um uso mais valioso ou esteja com maior intenção de pagar por ela - *Willingness to pay* - ressalvada a possibilidade de um sistema de *Property Rights* que reorganiza os Direitos de Propriedade, sem prefixá-los, de *Liability Rules* - regras de indenização em relação ao custeio das

¹⁸⁹ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 1977 *Op. cit.* p. 143.

¹⁹⁰ No Brasil, v. g., a questão da função social da propriedade pode levar a uma abordagem econômica da propriedade, na medida em que o seu uso deve ser eficiente.

externalidades negativas - o que corresponde a idéia da optimalidade de Kaldor - Hicks em que os possíveis prejuízos, em função do ganho de alguém, devem ser indenizados - além de estipular os *Inalienabilities Rules* - Direitos Inalienáveis.

O assunto é tratado segundo metodologia exemplificativa de diversos casos que demonstram o ensinamento por Ronald Coase ao levantar a questão das externalidades e a possibilidade de transação direta em mercado na ausência de altos custos de transação. Entretanto, reconhecendo as características da propriedade, quais sejam: a exclusividade, a transferibilidade e universalidade traduzindo incentivo à produção eficiente, lembra que um Direito de Propriedade rígido, senão pela lei, pelos altos custos de transação, pode incorrer em ineficiência, o que, para o autor, significa imoralidade no emprego de escassos recursos. Sugere, pois, a partir do exposto, uma modificação no critério de exclusividade¹⁹¹.

Em relação ao exercício do direito de propriedade, cita alguns exemplos de uso incompatível entre direitos de vizinhança: caso da distribuição eficiente das emissoras de radiodifusão, a tradicional discussão entre o uso da terra pelo fazendeiro e a Companhia de Estradas de Ferro, o direito de vizinhança no que concerne à utilização do terreno em prejuízo do vizinho, o direito do criador de gado cuja propriedade é adjacente ao agricultor, o direito concernente à poluição ambiental, etc. Em todos os citados exemplos não vê outra coisa que não a discussão sobre os custos e benefícios que pode ser harmonizada, por exemplo, mediante transação.

Outra conclusão do autor é que, ao identificar e atribuir direitos, a lei e a decisão judicial influenciam na determinação do emprego de recursos e, nem sempre, de maneira ótima levando a um grau de ineficiência quando da utilização destes recursos e, em última análise, a uma exploração imoral dos mesmos já que são escassos e desperdiçados segundo determinações antieconômicas. De qualquer forma, falhando, o Direito, em atribuir de maneira eficiente esses escassos recursos, possibilitada está a transação adicional e sem custos ou a custos mais baixos entre as partes, diretamente pelo mercado, anulando a atribuição legal.¹⁹² Entretanto, na impossibilidade da transação de mercado, sugere, Posner, um Direito de Propriedade flexível nos seguintes termos:

O Direito pode resolver usos incompatíveis tanto reorganizando os direitos de propriedade da parte cujo uso é o mais valioso como impondo obrigação de ressarcimento para a outra parte. O primeiro é o método do direito de propriedade, o segundo do Direito de

¹⁹¹ Cf. POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Op. cit. p. 31.

¹⁹² Op. cit. p. 180.

Reparação dos ilícitos civis. As diferenças entre os dois são primariamente tecnológicas e históricas mais do que analíticas.(em inglês no original).¹⁹³

Em seguida, porém, o autor já alerta para a existência de danos a serem tratados de maneira a não se permitir a transação pura e simplesmente: *A mais distinta/importante classe de interferências governadas pelo Direito de Reparação dos Ilícitos Civis compreende os acidentes que causam prejuízos pessoais.(em inglês no original).*¹⁹⁴

Outro aspecto, interessantemente abordado, é o da desapropriação por parte do Estado da propriedade particular. Advoga-se a ineficiência da desapropriação, devido, ora pela supervalorização do desapropriando, ora pela subvalorização estatal e, conseqüentemente, a melhor possibilidade de valorização da propriedade em mercado, quando permissíveis os custos de transação. Lembre-se, que, no Brasil, intenta-se uma nova modalidade de reforma agrária através da concessão de verbas especificamente alocadas às famílias para que estas em mercado busquem suas terras em detrimento dos morosos e conflitantes processos expropriatórios. O mesmo sucede com a questão dos sem teto ao ser liberada uma linha de financiamento exclusiva pela Caixa Econômica Federal para aquisição da casa própria em mercado através das cartas de crédito pessoais.

Referindo ao problema de uma fábrica que polui o ambiente ou a um aeroporto próximo a uma zona residencial, Posner chama a atenção quanto aos altos custos de transação para solucionar o problema em mercado. Cita, por exemplo, que, sendo garantido um direito exclusivo sobre as propriedades circunvizinhas, como também a possibilidade de indenização por danos, as dificuldades encontradas para, individualmente, serem indenizados, todos os prejudicados pela poluição das chaminés ou pelo barulho dos aviões são imensas e, de outra forma, ao ser estipulado que a fábrica ou o aeroporto tem o direito de poluir, ainda faz persistir as dificuldades para que todos os vizinhos possam reunir e *comprar*, dos poluidores, um ambiente sadio. É reconhecido, nestes casos, a incapacidade do mercado em resolver, prontamente, a questão, sendo necessário o jurídico-legal que deve funcionar como que avaliando os valores globais em termos de *preço-sombra*. No Brasil, dos tempos do Plano Cruzado e dos tabelamentos de preços pode ser lembrado um caso interessante de defesa do consumidor em que, em vista do prejuízo efetivo dos consumidores do açúcar X da rede de Supermercados do empresário Abílio Diniz, restou a impossibilidade de devolver a cada um o

¹⁹³ *Op. cit.* p. 39.

¹⁹⁴ *Idem.*

equivalente de sua perda, bem como a impossibilidade de deixar impunível tal ato prejudicial que, em termos de culpabilidade, objetivamente, foi atribuído ao empresário. Neste caso, interveio, o Estado, através do Judiciário arbitrando uma quantia que, além de pena, teoricamente, haveria de restituir o *status quo*. A bem da verdade, foi criado, então, um fundo especial para depósito de valores oriundos de ações deste tipo. Transcreva-se a conclusão de Posner a respeito de situações semelhantes:

Na presença de altos custos de transação, direitos exclusivos, tanto a poluir como a ser livre de poluição, promovem a ineficiência. Se a fábrica tem o absoluto direito de poluir e os custos de transação são proibitivos, a fábrica não terá nenhum incentivo para reduzir ou parar a poluição, igualmente, se os custos de parar - a atividade - fossem muito menores do que o custo da poluição para os vizinhos prejudicados. Inversamente, se os moradores vizinhos têm absoluto direito a serem livres da poluição e os custos de transação ainda são proibitivos, não terão nenhum incentivo de, por iniciativa própria, minimizar os efeitos da poluição, igualmente se o custo de evitar ou aceitar são mais baixos do que os custos para a fábrica de não poluir. A *Common Law* reconhece o perigo de atribuir direitos exclusivos tanto para o poluidor como para suas vítimas. (em inglês no original) ¹⁹⁵

Se, individualmente, pode ser resolvida a questão de usos incompatíveis de propriedades entre poucas partes envolvidas, mais difícil torna-se o justo acerto envolvendo coletividades e, pior ainda pode ser o reflexo de uma decisão parcial no sentido absoluto de punibilidade da parte transgressora - poluidora. Posner lembra que os reflexos de uma sentença condenatória a partir de direitos exclusivamente definidos pode levar a custos sociais maiores. No caso da firma poluidora, ao incorrer em uma condenação terá de repassar seus novos custos para o preço de suas mercadorias o que poderá ser prejudicial para os consumidores. De outra forma, na impossibilidade de repassar tais custos - em função da concorrência - provavelmente diminuirá a produção ocasionando desemprego dos fatores produtivos - em especial : trabalho - levando a uma reflexa diminuição de consumo e outros prejuízos sociais que são desencadeados no processo¹⁹⁶.

Os dois casos estão apresentados graficamente nas Figuras 16 e 17. O gráfico 16 apresenta o caso da firma sujeita a um aumento de custos não experimentado pelos seus competidores: ele mostra uma curva de demanda horizontal porque é impossível repassar o preço ao consumidor; nessa situação, mesmo um pequeno aumento no preço de mercado leva

¹⁹⁵ Ver in POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Op. cit. p. 46.

¹⁹⁶ Exemplifique-se a possibilidade de, no Brasil, a Justiça do Trabalho condenar uma empresa por não ter cumprido com suas obrigações em termos de recolhimentos previdenciários e de pagamento de direitos trabalhistas. O reflexo de tal medida, no caso de inadimplência ou de ser de grande monta a referida indenização trabalhista, é drástico pois leva, absolutamente, à não satisfação dos credores e ao possível desemprego; ou seja, trata-se da verdadeira morte da galinha dos ovos de ouro.

Outro exemplo, já referido, mas que é apropriado lembrar, é o de uma sentença judicial que, em São Luiz do Maranhão condenou o Banco do Brasil a uma indenização de aproximadamente R \$ 255.000.000, 00 em função da devolução indevida de um cheque de três salários mínimos. Se, juridicamente, foi garantido um direito exclusivo - não se está a discutir o mérito formal - economicamente, entretanto, não se pensou, ao sentenciar, nos efeitos econômicos maléficos de tal ignominioso ato. A situação é injusta, ainda mais, considerada a grave situação dos correntistas, que nada têm haver com o fato, além de problemas como o fechamento de agências do Banco do Brasil e de outros Bancos, possivelmente, intimidados com o tipo de prática jurídica verificada naquele Estado.

suas vendas a zero, assim que seus consumidores *corram* para seus competidores. O gráfico 17 descreve um aumento de custo que afeta todos os competidores igualmente; aqui, a curva da indústria tanto quanto a curva de demanda da firma são relevantes.

Equilíbrio da Firma com aumento de custos que não afeta o mercado

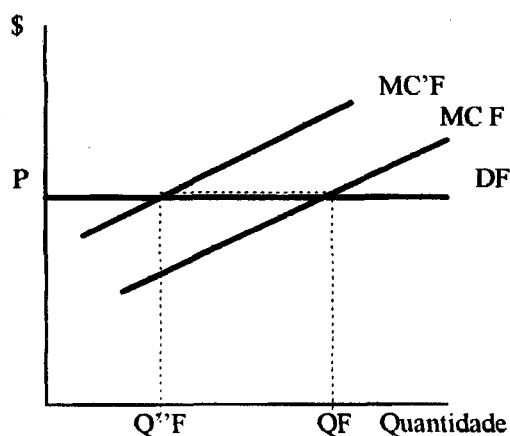


Figura 23

Equilíbrio da firma com aumento de custos e preços que afetam todo o mercado

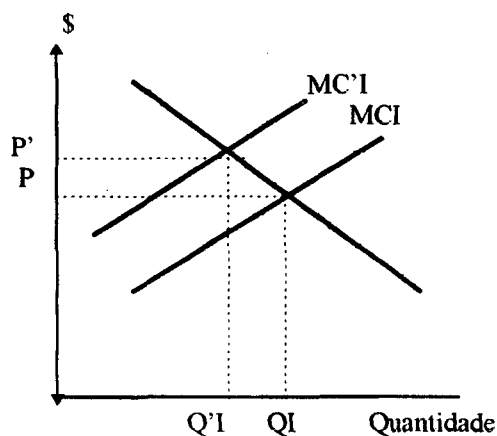


Figura 24

Ainda há de ser considerado, na análise, a outra parte dos efeitos da economia de uma redução na produção de um produto dado. De fato, a produção de produtos substitutos aumentará, e isto pode beneficiar os trabalhadores nas indústrias que produzem aqueles substitutos. Consumidores podem ser auxiliados ou prejudicados, dependendo se os custos, naquelas indústrias, crescem ou decrescem com o aumento da produção. A atenção para os efeitos em outros mercados faz a distinção entre *equilíbrio geral* e o mais comum *equilíbrio parcial* na análise das mudanças do ambiente econômico.

Se, no Direito norte-americano, não são aconselháveis direitos de propriedade exclusivos, sendo aconselhável propriedade explorada conjuntamente no caso de arrendamentos, parcerias, locações etc. e, na necessidade de serem discutidas, estas últimas, em um Tribunal; Posner aponta duas soluções: uma mais antiquada denominada *law of waste* e outra mais moderna *the trust*, objetivando uma exploração racional que evite altos custos de transação. Outra lembrança de Posner, quanto à *impossibilidade da transmissão da propriedade em negociação de mercado* e, portanto, caracterizando *alto custo de transação*, é o envolvimento de menores e de sócios em uma sociedade bem como da *affecio societatis*, ou mesmo a alteração das condições de terceiros que podem ser influídos pela maneira como seja utilizada a propriedade

pelo possível transmitente de determinado bem. Aparentemente, o terceiro não deve intervir na negociação de mercado.

Posner cita, em termos de Direito norte-americano, outro exemplo de utilização da propriedade referente à questão do uso de um canal ou rio de onde são derivados diversos aquedutos para exploração da água conforme prévio acordo sobre quantidades e períodos de utilização. Em tempos de seca e intervindo um terceiro a comprar os direitos de um fazendeiro pode verificar-se um reflexo negativo na quota de água dos demais.¹⁹⁷

Portanto, tem-se que considerar, em qualquer caso de atribuição de direito de propriedade, qual será o reflexo e para qual das partes ou terceiro será imposto, ponderando-se-o de forma a obter eficiente alocação de recursos. Parece que, desta forma, se em um primeiro momento do capitalismo, a propriedade foi adjudicada pelo Direito conforme estava historicamente distribuída, agora, é intenção refazê-lo segundo um critério universal: a eficiência.

Outro pilar em que foi embasada a construção jurídica na ótica da LaE aplicada à *Common Law* foi o do Direito Contratual também abordado por Posner.

2.6.2 O DIREITO CONTRATUAL E A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL.

Se, no Direito de Propriedade, Posner defende a ocorrência de eficiência em trocas de mercado realizadas voluntariamente, transladando recursos de um uso menos para outro mais valioso; em relação aos contratos o mesmo é verificável. Ocorre, no entanto, que, já, no campo do Direito Contratual, muitas circunstâncias alheias ao momento elaborativo do contrato levam a decisões involuntárias e cercadas de incertezas e riscos que tornam-se maiores com o decorrer de tempo necessário para que se dê a execução dos acordos não instantâneos.

Na inexistência de Direitos de Propriedade e Contratual, não existe incentivo para a exploração da riqueza pois a insegurança leva à estagnação e à ineficiência de mercado. O Direito Contratual além de garantir a execução dos acordos e a boa fé dos negócios, pode prever sanções em relação a possíveis mal-entendidos e casos de força maior. O que se chama a atenção, entretanto, é que uma quebra de contrato tal como a usurpação ou prejuízo à

¹⁹⁷ No caso Brasileiro, pode ser feita referência, por exemplo, ao uso da propriedade sem causar prejuízo ao vizinho - Direito de Vizinhança, artigos 554 a 588 do Código Civil.

propriedade alheia, em termos de análise econômica, deve ser apreciada segundo a imposição de regras de responsabilização que criem incentivos para futuras condutas de maximização do valor.

O Direito de Propriedade e o Direito Contratual, além de manter os devidos incentivos para a exploração da riqueza, deve diminuir os custos de transação ao máximo de forma a suprir, da forma mais ampla possível, as possibilidades e quesitos, muitas vezes, não expressamente negociado pelas partes. Se é prejudicial, em termos contratuais, a liberdade total no que concerne à excludibilidade dos contratos; a inflexibilidade de uma regulamentação extremada, também desencoraja a negociação eficiente. No caso de apreciação judicial de uma quebra de contrato, *v. g.*, é fato que o Juiz não tem parâmetros tão ou mais apropriados - eficientes - para julgar a questão do que aqueles próprios do mercado uma vez que não tem real interesse na contenda; assim, resta, como melhor paradigma de justiça, a discussão direta ou negociação entre comprador e vendedor. A Justiça trabalha, neste caso, de forma a arbitrar o entendimento que não obtido pelas partes, deve ser realizado pelo judiciário, intervindo este de forma a estipular o *preço sombra* da transação. O aparato judiciário, em função de possíveis e altos custos de transação ou inegociável divergência entre as partes envolvidas não impõe uma lei inflexível determinante de *culpado e de vítima*, propriamente dita, mas proporciona decisão que vise ao melhor ou mais eficiente uso dos recursos em jogo de forma a acrescentar à comunidade como um todo maior riqueza.

Ao tratar especificamente de algumas circunstâncias que levam à inexecução contratual como, por exemplo, errôneo ajuste psicológico de vontades em função de mal entendidos, de existência de vícios redibitórios, de fatos imprevistos ou mudanças nas condições contratuais e casos análogos, pelas teorias da *Consideration e de Impossibility*, Posner detecta a possibilidade de ações judiciais com ênfase à execução contratual segundo critério efficientista e não à inexorável responsabilização pela inexecução nos EUA. Chama-se atenção, no entanto, para a existência da possibilidade de uma das partes prever e, inclusive, poder arcar com a inexecução contratual mediante menor custo de transação considerando questões como risco, frequência das transações, especificidades do pactuado, oportunismo e previsibilidade da inexecução do contrato.

No que diz respeito a contratos com vícios de execução tais como fraudes, coerção, má fé ou envolvendo pessoas incapazes, resta desencorajado seu cumprimento pelo fato de, não estarem, as partes prejudicadas pela deslealdade, devidamente seguras de seus interesses e da

forma de maximizá-los, assim como, também não resta, nos ditos contratos, presunção de que estes incrementam o valor da riqueza social.

Com relação à fraude nas vendas aos consumidores, Posner defende valer a pena um sistema de responsabilização paralelo ao mercado - *centralized trade associations* - que funcione através da criação de direitos públicos ou privados ou ações contra fraudadores justificando a reparação dos pesados custos sociais, por parte do consumidor em determinar as condições ótimas de negociação. Na verdade, na grande maioria dos casos é difícil para o consumidor detectar, a baixos custos, as fraudes e erros que estão, possivelmente, inseridos nos contratos de compra e venda.

Lembra, Posner, que, se existe má fé e fraude por parte de alguns produtores e comerciantes, no mercado, problemas de custos de transação altos, para os restantes, são estabelecidos a partir de circunstâncias alheias à vontade destes para uma ação corretiva dos deslizes comerciais. Assim, pode ser ineficiente uma associação particular contra a fraude à consumidores pelo fato de que vendedores não adeptos à associação locupletar-se-iam de seus benefícios sem contribuir para suas despesas, ou ainda, ser desaconselhável atuar e reprimir a deslealdade de um concorrente que detenha pequena fatia de mercado ou, mesmo, pelo fato de que não há instantaneidade entre a ação infratora ou desleal e a ação punitiva sobre um concorrente que pode entrar e sair do mercado com baixos custos de transação ou, por fim, no caso de um monopólio ou oligopólio que tenha grandes lucros, pode não haver incentivo para, por exemplo, revelar a verdade sobre sua propaganda enganosa.¹⁹⁸

De outra forma, se circunstâncias legais podem exigir completa informação sobre os produtos aos consumidores, pode ser justificada a responsabilização do vendedor em função das dificuldades por parte daqueles em inspecionar, testar e verificar o uso adequado e finalidades dos objetos transacionados.

Em síntese, o problema de fraude no consumo está na impossibilidade de determinação de um direito de propriedade sobre a informação e no alto custo de obtê-la de forma a que o consumidor, no momento da transação, possa estar consciente de todas as circunstâncias que envolvem o contrato.

Em relação ao chamado *poder de barganha* que justifica uma situação privilegiada por parte dos comerciantes em detrimento dos consumidores, o autor ensina, que em economia de mercado, a disputa acirrada entre os ofertantes leva a condições benéficas para os

¹⁹⁸ Ver in POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Op. cit. p. 80-84.

consumidores. Não há como impor, mesmo em contratos de adesão, cláusulas contratuais onerosas, díspares e mais pesadas do que as dos concorrentes que disputam mercado. Obviamente, problemas podem ocorrer em situações de imperfeição de mercado como é o caso de monopólios ou de cartéis e trustes.

Posner chama a atenção, no entanto, para o fato de que, ao serem impostos custos não transigíveis aos vendedores que de alguma forma ofendem direitos de determinado consumidor, pode ser acarretado prejuízo ainda maior à sociedade como um todo - inclusive aos próprios consumidores - na medida em que, tais custos, deverão ser repassados nos preços. Parece, pois, que a melhor solução, antes mesmo da estipulação legal ou intervenção judicial a definir direitos, em termos contratuais, é a transação, em termos de mercado, mesmo que sob a observação e administração da autoridade judicial. Em relação a esta atuação jurídico-formal, tem-se que a execução de certos contratos, em função de circunstâncias diversas pode levar à situação de ineficiência sendo desaconselhável, então, segundo ótica economicista, a sua cabal execução em favorecimento de uma inquestionável e inevitável indenização pelas perdas sofridas.

O ponto de partida para um Direito Contratual, segundo a ótica econômica, deve ser compelir as partes a executarem suas obrigações contratuais de forma, porém, a escolherem entre a efetiva prestação do acordado ou a cabal compensação da outra parte prejudicada pela possível ruptura do contrato. De qualquer forma, havendo obrigação na execução do contrato ou possibilidade de indenização das possíveis perdas e danos, restam reparados os custos ou prejuízos sofridos pela vítima, sendo, economicamente, aconselhável almejar o menor custo de oportunidade na reparação das quebras contratuais, desde que seja esta, realmente, mais eficiente do que a execução contratual. Se é aceitável a quebra contratual eficiente, não são tolerados, entretanto, expedientes fraudulentos que podem ser punidos com a imposição de lucros cessantes. De outro modo, se as partes acordam, previamente, indenizações para a quebra contratual, cabe à Justiça, no caso do Direito norte-americano, averiguar se a essência das imposições é penal ou estipulante do ressarcimento dos danos causados. Penalidades altíssimas que impedem a inexecução contratual mesmo que esta seja eficiente devem ser condenadas.

Também é desaconselhável que decisões judiciais levem à quebra da boa fé nos negócios jurídico-econômicos; o que pode ser feito através de estipulação de lucros cessantes que evitem procedimentos fraudulentos.

Quanto aos contratos implícitos, seja lembrada a *doutrina do não enriquecimento ilícito* para justificar que contratos tácitos ou não previamente acordados, devem ser cumpridos segundo forma voluntária de menor custo de transação o que pode justificar indenização por um contrato de trabalho tácito, por exemplo.

Se conjecturando a respeito de responsabilização por quebras voluntárias dos direitos e obrigações de outrem; devem, os danos, ser reparados em termos de obtenção de eficiência. Cabe, no entanto, apreciar o caso em que não ocorre voluntariedade na ação danosa como acontece no agir negligentemente. O Direito norte-americano, trata do assunto na forma de *torts and remedies* definindo-se, segundo o juiz Learned Hand, *negligence* como a *perda causada pelo acidente multiplicada pela probabilidade de sua ocorrência de forma a exceder os gravames ou ônus das precauções que o causador dos danos deveria ter tido para evitá-lo. (em inglês no original)*¹⁹⁹.

Assim, ocorre negligência quando a expectativa real de ocorrência de um dano a outrem compensa o ônus da prevenção em evitar o acidente, pois, do contrário, ocorrendo o acidente, resta, tão somente, indenizá-lo como forma mais eficiente de reparação dos danos impostos.

No caso de Defesa do Consumidor, nem a firma e nem o consumidor têm estímulos suficientes, muitas vezes, para tomar medidas de segurança contra acidentes no manuseio de produtos, entretanto, em termos de indústria, fica evidente a possibilidade de que os consumidores estarão dispostos a pagar mais por produtos mais seguros. Deve ser alcançado um equilíbrio entre o gasto em segurança pela indústria e a disposição em comprar por parte dos consumidores²⁰⁰.

Basicamente, a demonstração econômica aponta que, sendo estipulada a obrigação de indenizar possível negligência; opta, o causador do prejuízo, entre pagar o custo do acidente em processo legal ou na forma de prevenção ou precauções a serem tomadas para evitar os possíveis danos e riscos de sua atividade. Assim, percebe-se que, o causador do dano sempre procederá de forma a evitar os maiores custos de um possível acidente, seja pagando em juízo seja prevenindo a ocorrência do ato danoso.

A propósito de esclarecimento da dicotomia ou possível contrariedade entre serem estipuladas *strict liabilities* ou *negligences* no Direito norte-americano, apresente-se uma abordagem a partir de casos práticos e questionamentos inerentes.

¹⁹⁹ Apud POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Op. cit. p. 122.

²⁰⁰ Op. cit. p. 125-137.

Suponha-se a existência de uma passagem de trens transversal a uma rodovia. Na falta de sinalização eficiente, de barreiras protetoras, de uma passarela de pedestres, de quebra-molas ou mesmo de uma guarita com guarda, podem ocorrer diversos acidentes com transeuntes atropelados pelos carros e pelo trem, como, também, são possíveis choques entre veículos e trem.

Suponha-se, ainda, que, ocorra um acidente envolvendo um veículo e um trem, com danos visíveis para o motorista do veículo.

Dentro de uma ótica tradicional-formalista, ao analisar-se a questão pelo ângulo da equidade, resta ao Direito determinar a punição civil em termos de reparação dos danos eventualmente sofridos e dos lucros possivelmente cessantes para a vítima ou para seus familiares. Penalmente, cabe apurar dolo ou culpa *stricto sensu* conforme assim o exija a lei no caso da *Civil Law* ou a jurisprudência consagrada, ou mesmo, alguma norma - *statutory* - que, por ventura, discipline o caso na *Common Law*.

De outra parte, um critério economicista, levaria a uma análise da situação por parte da empresa ferroviária da seguinte forma:

1. Considerados os custos dos artificios de proteção do nível de passagem,
2. Considerados as possíveis indenizações a serem pagas em caso de eventual acidente,
3. Considerada a frequência com que poderiam ocorrer tais acidentes,

Seria, por fim, compensador, para a empresa ferroviária, instalar as defensas e protetores ou incorrer em esporádicas indenizações por meio de processos judiciais movidos pelas vítimas ou parentes?

Seria justo a troca de vidas humanas por benefícios materiais ?

É, pois, adequado um raciocínio efficientista, como derradeiro critério jurídico ?

Existe uma ética que justifique tal comportamento?

Outros exemplos podem ser citados, como é o caso, apresentado por Coase, da clássica disputa entre criadores de gado e safristas agrícolas que possuem terrenos contíguos. Ao ser permitido que o gado seja alimentado no terreno cultivado do safrista, impõe-se-lhe um prejuízo que traduz uma externalidade inerente a atividade do criador de gado. Pelo Direito tradicional e formal resta culpa para o criador de gado e, conseqüente, indenização para o safrista.

Dentro de uma racionalidade economicista, não é prioritário determinar culpas ou determinar procedimentos justos ou injustos, porém, identificar qual uso de recursos - próprios

para as defensas da linha férrea, no primeiro exemplo, ou a terra, no segundo, - é mais eficiente, possibilitando, obviamente, uma indenização a quem se veja privado de seus direitos.

Questiona-se, pois, se é aconselhável responsabilizar inflexivelmente o causador de danos ou optar pela indenização segundo a negligência²⁰¹

Assim, em resposta às questões anteriormente formuladas tem-se que, no caso primeiro - da passagem de trem - , efetivamente a possível perda de uma vida humana pelo acidente é terrível, porém, é dever relevar o fato de que toda a atividade humana incorre em riscos e, mais, tem-se que sopesar os benefícios da continuidade da atividade em relação aos possíveis danos mesmo que em termos de vidas humanas. Imporem-se altíssimos custos de transação à atividade da empresa ferroviária equivaleria, em situação extrema, a cerrar suas atividades e o custo social, então, seria maior do que o inerente à continuidade da prestação dos serviços.

Não se discute o ter ou não de indenizar possível acidente ou prejuízo, porém, as circunstâncias de um Direito inflexível que torne inviável a atividade se é que ela acrescenta retorno à coletividade em termos de aumento da riqueza social. Impor-se, legalmente, a consecução de barreiras de proteção nos trilhos pode elevar os custos operacionais da empresa de tal forma que, em não podendo serem repassados ao consumidor, podem levar a sérias dificuldades ou desperdício de recursos. Pelo lado dos consumidores, provavelmente estes não estarão dispostos a pagar tarifas superiores às de mercado, mesmo que em função de uma melhoria na segurança da estrada de ferro.

De outra forma, estipular-se, de forma definitiva a culpa da empresa - responsabilidade objetiva - ou sua obrigação de construir as defensas pode levar a um procedimento não cauteloso ou negligente pelos motoristas que passarão a sofrer acidentes com mais frequência.

Cabe , pois, ao jurista , no caso da *Common Law*, ao legislador ou, mesmo, ao juiz, no caso da *Civil Law*, estipular condições jurídicas que não levem a uma solução ineficiente e, por outra forma, levem à internalização dos custos de transação entre vítimas e causadores de danos. Veja-se, nos dizeres de Posner:

Se o custo de um dispositivo de segurança particular é menor do que o custo esperado de um acidente a ser prevenido, a estrada de ferro adotará a precaução tanto se estiver sujeita à negligência ou a um sistema de responsabilidade estrita padrão. Em ambos os casos a estrada de ferro será responsabilizada se falhar em adotar precauções e a responsabilização será mais custosa do que a prevenção. Se nenhuma precaução de segurança estiver disponível, a estrada de ferro não a adotará - novamente sob ambas normas de ressarcimento. Sob um padrão normativo de negligência ela não será responsabilizada pelos acidentes que ocorrem e sob estrita responsabilidade, enquanto seja responsabilizada, a responsabilização será mais barata do que a prevenção. Como uma primeira aproximação, então, a escolha de modelos não afeta o nível de segurança. (em inglês no original)²⁰²

²⁰¹ No Direito Brasileiro está-se a tratar de responsabilidade civil objetiva e subjetiva.

²⁰² Ver in POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Op. cit. p. 137-138.

Posner acrescenta que, se a longo prazo, a estrita responsabilidade da Cia. de estrada de ferro, aparentemente, incrementa o nível de segurança, pode, entretanto, levar a um comportamento ineficiente pela não procura de novas tecnologias de segurança agravado pelo fato da não precaução por parte dos negligentes pedestres ou motoristas. Ainda ressalta que, quanto à associação de compensação de danos por negligência, estes não podem ser puramente compensatórios já que sua função econômica é, em verdade, deter ou diminuir acidentes não econômicos.

No caso do fazendeiro e das faíscas lançadas pela máquina de trem nas plantações adjacentes à linha do trem ou, ainda, do criador de gado e do agricultor, é possível analisar, de um ponto de vista econômico, não a culpa, propriamente dita, mas, sim, as possibilidades de comportamentos de ambas as partes de forma a detectar aquele que, com menor custo, possa evitar os danos. O Direito deve assegurar que a solução que internalize as externalidades sob menor custo prevaleça. Ou seja, no caso do criador de gado e do safrista, se o preço de mercado da carne é mais rentável do que o custo da indenização da atividade do safrista, este, que, pelo Direito tradicional equitativo, deveria ver liberada a sua terra dos intrusos passa a submeter-se a um uso que, eficiente, deve prevalecer, favorecendo o criador de gado. Esta negociação racional deveria ocorrer em mercado, já que, o pressuposto é de que deve, o safrista ineficiente, restar satisfeito com a indenização a preços de mercado, mais vantajosa do que a exploração de sua atividade. A solução também é satisfatória para o criador de gado que, ao indenizar a safra agrícola do proprietário das terras, obtém vantagens em termos ótimos de Kaldor - Hicks .

Questiona-se:

1. Como fica o direito do safrista a continuar, por puro deleite ou satisfação pessoal, no plantio de suas poucas ervas?
2. O que pensar do direito de propriedade invadido?
3. Há uma ética que justifique tal procedimento?
4. A eficiência é então um valor a ser almejado pelo Direito ?

Essas são algumas questões geralmente propostas pelos críticos da LaE que desconhecem um procedimento racionalista economicista no Direito defendendo a justiça em termos de manutenção do *status quo* como ideal meta-jurídico.

A partir do exposto, é interessante frisar a unidade e moralidade da *Common Law* na visão de Posner. De fato, para o autor, a *Common Law* possui uma profunda unidade que é de

caráter econômico. Assim todos os grandes campos do Direito norte-americano - *Law of Property, Law of Contracts, Law of Torts e Family Law* são, *primariamente, mais diferentes em vocabulário, pormenores e especificidades nos assuntos do que no método ou política*²⁰³. Ainda, no Capítulo 8 de sua obra *Economic Analysis of Law*, fica registrada a visão da LaE como método analítico-interpretativo da *Common Law*:

A metodologia da *Common Law* é alocar responsabilidades entre pessoas engajadas em atividades interativas de tal modo a maximizar o valor conjunto ou, naquelas quantidades, para a mesma atividade, minimizar o custo conjunto dessas atividades. Deve ser feito isto redefinindo-se o Direito de Propriedade, delineando-se uma nova regra de responsabilização ou reconhecendo-se um direito contratual, mas nada torna-se fundamental ao usar-se esse esquema. (...) A fórmula manual expressa um teste geral de responsabilização na *Common Law*. (em inglês no original)²⁰⁴

O Direito deve, assim, alocar, da melhor maneira possível, os escassos recursos entre as partes maximizando valores, pois do contrário, não minimizando custos, seus comportamentos serão desfavoráveis ou contrários à lei. Evidentemente, a importância econômica da *Common Law* permanece pequena em áreas cujos custos de transação são pequenos e maior em campos em que tais custos são altos.

Cabe à Justiça como, também, ao Órgão Legiferante julgar ou determinar direitos de forma a não consagrar desperdícios em relação aos escassos recursos o que, ocorrendo, passa a ser, absolutamente, imoral em um mundo de necessidades a serem satisfeitas. O autor reconhece que o Direito, no caso a *Common Law*, auxiliou, na história jurídico-econômica dos Estados Unidos de forma a incrementar o desenvolvimento econômico, mesmo que com altos custos e, inclusive, escusando o não pagamento integral dos custos sociais impingidos durante a ascensão industrial norte-americana. A bem da verdade, as empresas norte-americanas cresceram e solidificaram e o poder econômico, da mesma forma, fortificou em detrimento dos desfavorecidos, especificamente dos consumidores ou *pagadores*, sob os auspícios da Lei. Entretanto, lembra o caráter ambíguo da posição das empresas que ora assumem posição de prestadoras de serviços e fornecedoras de bens, ora são, também pagadoras; ou seja, ocupando as duas partes possíveis na Teoria Contratual. O que passa, entretanto, é que, no atual momento, o Direito, no sentido amplo, deve flexibilizar direitos - *stricto sensu* - no intuito de permitir que as contendas conflitivas sejam resolvidas por meio de transação que implique a solução característica do *cheapest cost avoider*.

²⁰³ *Op. cit.* p.179.

²⁰⁴ *Op. cit.* p. 180.

Acrescentando, ainda, quanto ao conteúdo moral da *Common Law*, tem-se que, se, realmente, o Direito deve buscar uma dimensão moral corrigindo injustiças vindicando senso moral, não há inconsistência entre estes nobres princípios e a eficiência. De fato, sentimentos nobres de justiça, amor, honestidade, lealdade e outros corroboram com a eficiência e reduzem as externalidades na medida em que a *Common Law* adiciona custos e os internaliza quando da violação dos próprios princípios morais.²⁰⁵ Dito, também, é que o altruísmo não está descartado da lei quando é raciocinado em termos econômicos na forma de derivação de utilidade, por parte de alguém, em relação à utilidade de outrem; de forma que o desejo ou anseio individual passa a ser correspondido conforme a satisfação do próximo.

Ao compreender *Law* como Direito, o ensinador de Chicago lembra que, geralmente, está associado, o termo, com um *simples comando assegurado - custeado - por um poder coercitivo do Estado*. Acrescenta, porém, quatro aspectos a saber, que se caracterizam como elementos da Teoria Econômica aplicada ao Direito:

(1) para ser tido como *Law*, um comando deve ser capaz de ser cumprido por aqueles para o qual é endereçado; (2) deve tratar com equidade a aqueles que estão similarmente situados em todos os aspectos relevantes ao comando; (3) deve ser público e (4) deve ser um procedimento pelo qual a verdade sobre qualquer fato necessária à aplicação do comando esteja de acordo com seus termos sendo averiguável. (em inglês no original)²⁰⁶

Portanto, ao ser racional, o Direito trata os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade e, por fim, tem-se a derradeira justiça passando a *Common Law* a proceder, em uma perspectiva economicista, a promover incentivos para a ação desejada socialmente ou desincentivos ao condenado conforme o acordo social previamente estabelecido em normas, nos costumes, etc.

2.6.3 REGULAÇÃO DO MERCADO PELO PODER PÚBLICO.

O mercado, em termos Smithianos, apresenta uma situação ideal de livre concorrência absoluta sendo seu oposto o monopólio que restringe totalmente as possibilidades de escolha e de uma prática de mercado democrática. Em meio aos extremos, como não poderia deixar de ser, restam todas as formas de concorrência imperfeita - já abordadas no Capítulo I deste

²⁰⁵ *Op. cit.* p185-186.

²⁰⁶ *Op. cit.* p 189-190.

trabalho. Ao Direito resta, na impossibilidade de não existência das condições ideais de mercado perfeito, estruturar as relações de forma democrática e eficientista regulando e impedindo os abusos do poder econômico. Justifica-se, pois, que, sendo o nível de produção em monopólio menor do que o seria em concorrência perfeita, cabe, ao Direito, priorizar as relações de livre mercado intentando arrefecer as barreiras à entrada das empresas no processo produtivo como podem ser lembradas, as seguintes: o tipo de produto e suas especificidades, políticas de preços predadoras, compartimentação de mercados e discriminação de preços, *dumpings*, políticas de concorrência desleal, propaganda enganosa, cartelizações, etc.

Um dos corolários da atuação Estatal no mercado de livre concorrência - aparentemente, um paradoxo - é o Direito Antitruste que intenta combater o concerto prévio dos produtores e fornecedores para a estipulação de preços mínimos. O fato é que, tais práticas levadas à cabo por parte de cartéis²⁰⁷, lesam o patrimônio dos consumidores que têm seus custos contratuais exacerbados em relação aos custos, possivelmente, incorridos no caso de uma transação de livre mercado. Nos EUA, grande repercussão tem o Sherman Act de 1890 que impõe sanções criminais e civis aos contratos e acordos para restrição do comércio, imposição de preços fixados conjuntamente ou monopolização de mercado com intento de incrementar a eficiência.

Algumas evidencias podem ser acusadas pelos economistas para identificar um mercado cartelizado; quais sejam: a discriminação de preços, declínio da divisão de mercado pela concentração e práticas que impedem novos concorrentes de entrar nesse mercado, a exigência de manutenção de preços para revenda dos produtos fornecidos pelas firmas cartelizadas em relação aos *dealer's* e, por fim, a existência de uma divisão de mercado estável entre os participantes do cartel, aumentos de preço combinados com redução de produção, alta elasticidade da demanda combinada com a ausência de produtos substitutos e variação de preços regionais não explicados por fatores inerentes à possíveis diferenças entre regiões como clima, localização, etc.

Em termos de legislação antitruste norte-americana, tem que ser lembrado, também, o Clayton Act de 1914 e sua alteração de 1950 que impôs limitações às fusões entre competidores de forma a evitar a atuação em mercado seja em nível horizontal ou vertical açambarcando monopolisticamente lucros inerentes ao abuso de poder econômico. De especial

²⁰⁷ Os cartéis podem ser caracterizados, basicamente, pela homogeneidade do produto, a dificuldade de entrada no mercado de novas firmas, a fixação de preços, reduzido número de ofertantes a tendência de maiores ganhos em mercado conforme seja, a demanda, mais elástica. Ver maiores informações sob o ângulo técnico da Economia no tópico 1.6 do Capítulo I deste trabalho.

atenção reveste-se, assim, a Teoria dos Monopólios²⁰⁸ que trata da atuação ditatorial dos preços, em mercado, segundo o *valor possível para a curva de demanda disponível*, ainda, de forma a produzir-se em um ponto ótimo de escala inerente à maximização de lucros onde RMg é igual ao CMg.

Uma das preocupações das Leis antimonopolísticas é evitar a discriminação predatória de preços onde os grandes - ou grande - detentor de mercado exclui seus possíveis concorrentes por meio de *dumpings*, inclusive, valendo-se de *dumping social* e subsídios governamentais. É de ser observado, no entanto, que, se a concentração, por um lado, é prejudicial na medida em que limita as possibilidades de mercado, por outro, pode ser plenamente justificada dentro de uma ótica economicista. Existem, de fato, situações que justificam a existência de monopólio como forma de operação maximizadora do ponto de vista econômico. Vários fatores podem justificar a existência, pois, do monopólio, como patentes, licenças governamentais, a prática de preços predatórios que, pelo menos em curto prazo, beneficiem os consumidores, os custos da empresa em monopólio podem ser mais baixos em função do *Know how* e da capacidade instalada em desfavor de possíveis novos concorrentes - monopólio natural -, a existência de mercado para uma ou poucas firmas pode, também, justificar a concentração. Portanto, a desconcentração deve ser vista na forma de obtenção de eficiência mesmo que em detrimento de uma concorrência com altos custos sociais o que, não sendo comum, pode, no entanto, ocorrer. Admissíveis são, também, os monopólios, desde que sejam compensados os seus custos sociais o que, admita-se, é de difícil mensuração, seja na apuração dos custos infligidos em função da real fusão de empresas, seja pelo fato de tais prejuízos estarem diluídos em uma coletividade de consumidores não facilmente identificável, diretamente, ou desestimulada para agir individualmente no sentido de, judicialmente, procurar ressarcimento de possíveis prejuízos; seja pela ação subliminar e disfarçada das práticas concentracionistas. Se dificuldades existem, entretanto, não devem desanimar uma ação coibidora do Direito que, sob a ótica dos juristas-economistas deve, antes de ser penalmente punitiva, ser, civilmente, responsabilizadora em função do não acarretamento de mais prejuízos sociais.

No intuito de defender o mercado, Posner advoga a necessidade da intervenção administrativa do governo através, inclusive, do Direito; de forma a coibirem-se abusos e corrigirem-se distorções. A ação corretiva pode traduzir-se pelo controle de lucros, controle de entrada de firmas no mercado e controle sobre a estrutura de preços através de agências

²⁰⁸ Remete-se o leitor ao tópico 1.6.2 do Capítulo I deste trabalho.

governamentais, assim como, também por ações regulativas de incentivo à eficiência mesmo em monopólio. Neste ponto pode ser notada a possível dicotomia entre a regulação pública de mercado através de *public utility regulations* e o próprio mercado de livre concorrência assegurado pela *Common Law* como um todo; ambos em busca da eficiência.

Na realidade, a questão básica é a consecução de normas de Direito eficientes; e deve ser assumida como real escolha entre políticas normativo-jurídicas que ora atentem para o caráter público de controle administrativo direto, ora para os direitos privados assegurados pelo próprio Direito. As falhas de mercado, neste sentido, podem ser vistas mais como formas de desvio das próprias leis de mercado do que por falha de mecanismos regulativos que devem acompanhar as normas sociais²⁰⁹

Após referidos alguns dos diversos delineamentos que estruturam a teoria de Posner nos campos principais da *Common Law - Property Rights, Contract Law e Liability*, intente-se uma necessária abordagem geral sobre a visão do autor quanto à posição Constitucional em relação ao Direito e a Economia.

2.6.5 A CONSTITUIÇÃO E A *LAW AND ECONOMICS*.

A natureza e as funções da Constituição são tratadas na obra *Economic Analysis of Law* em que Posner defende deverem ser, as provisões constitucionais, interpretadas mais *flexivelmente do que as leis ordinárias - statutes*²¹⁰. Economicamente justifica que, uma aproximação literal para as questões de interpretação incrementariam, enormemente, os custos da regulamentação constitucional, reduzindo a durabilidade de suas provisões. Tal fato ocorre, explica, igualmente com os *stares decisis*, vistos como *um corpo de precedentes, na área do Direito, que constitui um estoque de capital*²¹¹ e, que, portanto, é depreciável, no tempo, pela desatualização. Desta forma, capitais legais genéricos e *judge's made law* depreciam em espaço de tempo maior do que leis específicas e casuísticas. Isto explica a durabilidade da Constituição.

Segundo o autor, o Texto Magno tem funções precípuas, destacando, então, a alocação

²⁰⁹ O Direito, pois, deve acompanhar a evolução dos fatos sociais e, em especial não se distanciar das normas verificáveis nas próprias ciências sociais sob pena de perder sua eficácia. Um exemplo extremado de tal afirmação seria o fato do legislador, no caso do Direito Civil, intentar norma jurídica que contrariasse a Lei física da gravidade. Tal impossibilidade levaria à total inexecução da norma e, não mal comparando com o extremismo da metáfora, esse é o risco em que incorrem legisladores e juizes que normatizam e julgam à margem do fato social e de suas regras próprias; ou seja, é o risco do distanciamento cada vez maior entre o tecido social e a norma..

²¹⁰ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Op. cit. p. 491.

²¹¹ Op.cit. p. 419.

dos poderes entre os Estados federados e o governo federal, como, também, entre os poderes executivo, legislativo e judiciário; onerando os custos na invasão de competências e, portanto, evitando, assim, o monopólio do uso do poder.

Destacando a possibilidade de *revisão racional* que deve ser implementada na proteção dos direitos constitucionalizados, inclusive, subsumindo uma função protetora dos direitos econômicos, defende a intervenção estatal para, contrariamente à idéia de liberdade contratual, coibir a ação de monopólios submetendo-os a controle rígido²¹².

Aborda, pois, a defesa de direitos econômicos, como os dos consumidores e das classes não privilegiadas, além de tratar economicamente sobre questões inerentes ao uso de cursos d'água e regulamentação, pelos Estados Federados, quanto à poluição ambiental, de forma a serem minimizados os custos²¹³.

Se, a LaE, trabalha a idéia de apreciação da fenomenologia, segundo racionalidade economicista, visando maximização de resultados conforme ao *homo oeconomicus*, inevitável é a identificação de uma crítica a respeito. É o que se passa a ver.

2.7 A CRÍTICA.

Por um dever de lealdade acadêmica e, dentro da idéia expressa por Max Weber de uma busca inexorável e infinita de neutralidade e não abuso das possibilidades de disseminação das idéias conforme dever do professor,²¹⁴ faça-se menção às fontes de uma crítica à LaE.

A crítica à LaE e, especialmente, à obra de Posner está, basicamente, no fato da abrangência dada pelo autor quanto a aplicação da Análise Econômica ao Direito. Trata-se do aplicar de métodos quantitativos de eficiência e optimalidade a relações, até então, insuscetíveis de tal abordagem.

O próprio Posner rebate algumas críticas quanto à aproximação da Teoria Econômica ao Direito. Uma delas refere ao fato de que, se os economistas não podem nem mesmo prever,

²¹² *Op. cit.* p.497.

²¹³ Para maiores informações sobre a Constituição norte-americana e a Economia, ver, CONANT, Michael. *The Constitution and the Economy. objective Theory and Critical Commentary*. Oklahoma : University of Oklahoma Press, Norman, 1991.

²¹⁴ O professor que se sente chamado a ser conselheiro da juventude e que desfruta da confiança desta, pode realizar o seu trabalho no contacto pessoal de homem para homem. E se, se sente chamado a intervir nos conflitos existentes entre as diferentes concepções do mundo e as diversas opiniões, que o faça na praça pública, onde decorre a vida, na imprensa, em reuniões, em associações ou onde quiser, menos nas aulas. Torna-se demasiado cómodo mostrar a força das suas opiniões num sítio onde os que o escutam, e que talvez pensem de outro modo, estão condenados ao silêncio. Ver in WEBER, Max. *O político e o cientista*. Trad. de Carlos Grifo Babo. Lisboa : Editorial Presença, 1979.p. 141-142.

com certeza, o resultado de suas incursões teóricas o que, então, têm a fazer no campo jurídico. Responde, o ensinador de Chicago que, também, *a Medicina não cura resfriados mas que não se deixa de escrever sobre ela por causa disso*.²¹⁵

Esperar que o corpo teórico da Economia esteja definitivamente delineado e testado é para Posner outro absurdo uma vez, que, segundo ele, desde já, devem os juristas aproveitar os recursos existentes no aparato econômico para analisar o Direito.²¹⁶

Ainda é questionada a preponderância de um critério economicista de eficiência em relação ao de justiça no Direito; a qual Posner justifica lembrando da significação da palavra justiça que pode, v. g. , ser utilizada como *justiça distributiva* indicando grau de desigualdade econômica²¹⁷ ou como equivalente à *eficiência*:

Um segundo significado de “Justiça” no Direito, e talvez o mais comum, é simplesmente “eficiência”. Nós veremos, entre muitos outros exemplos, que quando as pessoas descrevem como “injusto”, condenar uma pessoa sem um julgamento, tomar a propriedade sem justa compensação, ou perder a demanda ao acionar-se um motorista negligente, para ressarcimento de danos causados à vítima dessa negligência, tais atos podem ser interpretados como que significando, nada mais pretensioso, do que a conduta em questão em desperdiçar recursos. Igualmente o princípio do “enriquecimento injusto” pode ser derivado do conceito de eficiência. E com uma pequena reflexão, não se toma surpresa que em um mundo de escassos recursos o desperdício seja recompensado como imoral (em inglês no original) ²¹⁸

Alguns grandes autores, diretamente, travaram debate acadêmico com Posner tentando apresentar ponto de vista divergente de sua teoria no que diz respeito à eficiência do Direito ou sua racionalidade econômica. Outros, também, devem ser lembrados na medida em que discordam, diretamente, do utilitarismo e do pragmatismo no Direito. Como subsídios para uma crítica à Posner, ou, mais especificamente, à LaE, podem ser vistas as Teorias de Ronald Dworkin²¹⁹ e de John Rawls,²²⁰ assim como, também, de Habermas²²¹ e seu discurso embasado em uma razão comunicativa. É de ressaltar que estes discursos são apresentados, na linha crítica revisora da orden instituída quando se questionam os direitos individuais em relação ao poder estatal de forma a ser repensado o legal, o justo e o injusto, o papel do Estado e a situação do cidadão em relação aos demais e às instituições. São, pois, frutos de um *logos* de não consenso político-ideológico que reflete o campo do Direito.

²¹⁵ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Op. cit. p. 19-20.

²¹⁶ Op. cit. p. 20.

²¹⁷ Aristóteles refere a uma justiça proporcional de acordo com o mérito e corretiva que, como forma de meio-termo, é excelência moral. Ver conceito de Justiça in ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*, 1992, Livro V. Op. cit., pp. 91-111.

²¹⁸ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Op. cit. p. 22.

²¹⁹ Para verificação das obras de Dworkin, remete-se o leitor à nota número 37 da página 22 deste trabalho.

²²⁰ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 1993. Op. cit.

²²¹ A obra de Habermas e seu pensamento pode ser apreciada a partir de seus trabalhos enumerados na nota número 38 da página 22 deste trabalho:

2.7.1 A CRÍTICA DE RONALD DWORKIN.

Um dos grandes críticos de Posner é o professor Ronald Dworkin²²² que desenvolveu sua obra nas Universidades de *Oxford e de New York*.

Em suas três obras básicas: *Taking Rights Seriously*, *A matter of Principle* e *Law's Empire* expressa sua filosofia do Direito embasando-a em pontos tais como: a teoria dos direitos - *basic rights* em que são consagrados, aos indivíduos, direitos outros que não somente os políticos, os jurídicos ou legais ²²³, a *tese da resposta certa* inerente a toda pretensão jurídica, de forma original, na análise do próprio ordenamento, e segundo a revelação principiologica da norma²²⁴, a *chain of law* que mostra a construção jurídico-principiológico-interpretativa do *Direito como integridade* visto segundo interpretação hermenêutico-construtiva da *cadeia ou corrente de direitos* que traduz uma sequência com unidade e coerência histórica²²⁵. Questiona, ainda, a visão anglo-americana das teorias positivistas e utilitaristas do Direito, enfatizando a questão dos direitos individuais existentes mesmo antes de uma possível legislação imposta pelo Estado como princípio político-jurídico fundamental que leva, o Direito, à máxima de equidade. É possível detectar, em Dworkin, a tendência intuicionista em determinar a preexistência de direitos inatos ao ser humano que podem ser apreendidos segundo uma disposição meta-jurídica desses direitos a partir de uma concepção hermenêutico-filosófica - Heidegger e Gadamer e do agir comunicativo Habermasiano. Em seu trabalho utiliza de abordagem interdisciplinar conforme aos discursos político, jurídico, filosófico e estético, dentre outros de forma a defender uma incondicional teoria normativa voltada à *adjudication* dos direitos individuais basilares de uma democracia moderna.

Ao pugnar por um neo-liberalismo revitalizador do espaço democrático, Dworkin, tal como Rawls, intenta discurso libertador, das amarras do utilitarismo e do economicismo

²²² No Brasil, existe interessante trabalho sobre a obra de Ronald Dworkin, elaborado, como dissertação de mestrado em 1993 e hoje publicado, pela professora Vera Karam de Chueiri intitulado *A filosofia Jurídica de Ronald Dworkin como possibilidade de um discurso instituinte de direitos*.

²²³ Pela *tese dos direitos*, Dworkin defende a existência de direitos individuais distintos dos emanados do Estado seja pela legislação ou pela decisão judicial e mesmo emanados do costume - prática social. Tratam-se de direitos oriundos de decisões tomadas mesmo em função dos chamados - *Hard cases*.

²²⁴ Através da *tese da resposta certa*, Dworkin demonstra que toda a pretensão jurídica corresponde a uma resposta adequada em termos de direitos individuais que não são criados por ato discricionário do juiz e que, por outra, estão presentes na legislação como que em uma *cadeia de direitos* preexistentes - *chain of law*. A partir disto, o importante é, dentro de uma práxis crítico-construcionista, identificar o direito como *integridade*.

²²⁵ Embora vendo o Direito como integridade, Dworkin o faz, diferentemente das concepções utilitaristas voltadas à consecução de um *bem ou felicidade geral*, para uma convenção pretérita e consagrada ou mesmo para um futuro pragmático.

ênfatizando a participação do indivíduo no processo democrático de decisão e questionando as virtudes da eficiência como valor supremo a ser perseguido pelos indivíduos ou, mesmo, pela sociedade. Para este autor, a Teoria Jurídica anglo-americana positivada é produto elaborado em função do discurso dominante onde o *ser* e o *dever ser* do Direito estão direcionados a valores utilitaristas. Refuta, pois, um positivismo que desconhece os valores transcendentais do próprio indivíduo e que lhe são imanentes de forma a serem preexistentes; até mesmo, às instituições; sem, contudo, cair no *terreno arenoso* das teorias jusnaturalistas. Os princípios básicos estão disseminados no todo jurídico que deve ser interpretado de forma a revelar, como que em um processo de reconstrução do Direito, o afloramento de uma consistência e unicidade conforme à decisão política comunitária.

O pragmatismo utilitarista contrapõe-se à idéia de Direito como integridade, na medida em que está voltado para o futuro de forma a almejar a maior felicidade possível para todos segundo disposição normativo-judicial que, em nome da eficiência, pode desautorizar direitos próprios individuais consagrados nas fontes tradicionais; caracterizando, por fim, uma forma autoritária de imposição que não justifica a possibilidade de resistência civil.

O trabalho de Dworkin, apresenta dois momentos de especial atenção para sua crítica em relação à LaE e ao utilitarismo pragmatista que podem ser observados nos textos *Law's Empire*²²⁶, em especial, nos capítulos cinco e oito em que, após abordar o Convencionalismo e o Pragmatismo Legal conclui por uma defesa incondicional de uma solução eclética de uma *Teoria Geral do Direito como Integridade Política*; e, no Texto *A Matter of Principle*,²²⁷ em seu Capítulo quarto onde, questiona se, realmente, a riqueza é um valor a ser alcançado como princípio maior e, ainda, se a eficiência deve priorizar qualquer outro anseio social.

Acusando um *desacordo teórico ilusório*²²⁸ no Direito, Dworkin analisa a possibilidade de uma Teoria Geral que se aparte dos extremismos conservadores e progressistas ou das Teorias Semânticas que caracterizam o discurso retórico-jurídico tão comum entre advogados e juizes a perpetrar, não raras vezes, equívocos interpretativo-analíticos da Lei ou, mais amplamente, do Direito na medida em que, a este último, faltam *fundamentos filosóficos*²²⁹ que lhe indique unidade. Assim, desconhece a impossibilidade de uma posição inflexível e

²²⁶ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Op. cit. ou sua versão em espanhol _____. *El Império de la Justicia*. trad. Claudia Ferrari. Barcelona: Gedisa, 1988, pp. 115-128 e 198-219.

²²⁷ DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. op. cit. pp. 237-292.

²²⁸ DWORKIN, Ronald. *El Império de la Justicia*. Op. cit. pp. 35.

²²⁹ Op. cit. pp. 43.

convencionalmente voltada ao passado e decisões anteriormente tomadas, bem como um pragmatismo legal onde juizes tomam decisões que *considerem apropriadas para o futuro de uma comunidade, sem contar qualquer forma de coerência com o passado como valiosa por si mesma*.²³⁰

Ao desenvolver o *Direito como Integridade* defende dois princípios a saber: um, legislativo, em que o conjunto de leis deve ser coerente e outro adjudicativo conforme a uma interpretação do Direito que leve em conta as premissas do passado - convencionalismo - e as possibilidades para o futuro - pragmatismo - como que descobrindo o sentido de uma cadeia e/ou corrente de direitos²³¹ a serem vistos e analisados em um *continuum*.

Ao tratar do Direito Consuetudinário norte-americano, Dworkin, analisa o caso de responsabilidade por danos em acidentes através de uma crítica aos Teoremas de Coase destacando complexidades²³² observáveis na tomada de decisão de um legislador ao estilo da LaE. Ensina que, tal legislador, nem sempre, necessita eleger disposições segundo o *hombre razonable* em termos econômicos e que o bem-estar utilitarista, nem sempre, é atingido pelas decisões de mercado ou de simulação de mercado, suscitando, ainda, que *o bem estar da comunidade incrementa-se ao máximo ao intentarem-se atividades que, no transcurso ordinário e sobre a base da informação disponível de imediato, melhoram esse bem estar e não ao forçar o agente para que examine as conseqüências econômicas de cada ato individual em cada circunstância*. (em espanhol no original).²³³

Outra preocupação básica está na questão distributiva como corolário da equidade que não é alcançada, segundo o autor, pelas Teorias Jurídico-Economicistas.

Acusando um equívoco na apropriação dos conceitos de maximização da riqueza e de Ótimo de Pareto, diverge das teorias posnerianas, inclusive, questionando se, este, apesar de negar, não defende, realmente, o utilitarismo²³⁴.

Uma outra possibilidade crítica na LaE é a de Habermas, que, inclusive, segundo Pedro Mercado Pacheco é tido, o autor alemão como um dos teóricos seguidos pela tendência da *Critical Legal Studies - EJC*²³⁵.

²³⁰ *Op. cit.* pp. 77

²³¹ *Op. cit.* pp. 166.

²³² *Op. cit.* pp. 201-206.

²³³ *Op. cit.* pp. 202.

²³⁴ DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. *Op. Cit.* pp. 260.

²³⁵ PACHECO, Pedro Mercado. *El Análisis Económico del Derecho. una reconstrucción teórica*. *Op. cit.* p. 174.

2.7.2 A CRÍTICA SOB O ENFOQUE HABERMASIANO

Habermas pode trazer subsídios para uma crítica à racionalidade tecnocrata. Partindo-se da premissa de que a doutrina *Law and Economics* traduz uma razão sistêmica - racionalidade tecnocrata - pode ser contextualizada a polêmica Habermas *versus* Luhmann em que o autor da Escola de Frankfurt assume posição contrária à Ordem Jurídica legitimadora do poder capitalista dominante. Neste sentido, os argumentos de crítica ao instituído derivam da filosofia política e social influenciada pelo pensamento marxista²³⁶.

Habermas parte da idéia de um agir comunicativo, uma pragmática universalista, uma ética comunicativa, enfim, uma racionalidade comunicativa distinta da ação estratégico-racional conforme aos sistêmicos e racionalistas que intentam legitimar um capitalismo desconsiderador do social. Desta forma, o autor desenvolve uma sofisticada defesa da modernidade condenando os extremismos dos valores iluministas e revolucionários do século XIX institucionalizados em programas político-ideológicos embasados, ora em um socialismo ortodoxo, ora em um liberalismo do bem-estar social. Habermas, pois, critica os sistemas político-econômicos destacando uma modernidade em que a razão comunicativa difere tanto da razão instrumental como da funcional, ainda destacando o *empobrecimento cultural moderno* e a necessidade de reconquistar a *autoconfiança* na produção normativa.

Segundo o autor, a crítica da modernidade deve ser embasada no paradigma do entendimento obtido através de uma interação lingüística contínua ou *ação comunicativa* em que releva-se, no discurso, a intersubjetividade e a ação humana. Trata-se, então de uma valorização do sujeito e de seu discurso que, no entanto, não é individualizado a ponto de ser liberto de considerações em relação ao discurso dos demais sujeitos em sociedade.

Sendo concepção dominante de razão prática nas Ciências Sociais, a estratégica embasada na escolha racional, na ação individual calculista, economicista, maximizadora de utilidades e motivada pelo auto-interesse, inclusive, desconsiderando ponto de vista moral; resta saber se existe possibilidade de que os indivíduos possam fugir a um *estado de natureza Hobbesiano* alcançando um consenso em torno de medidas coletivas adequadas para o conjunto social. Assim, Habermas questiona, em seu trabalho, a possibilidade de um agir comunicativo e cooperativo que concilie os interesses individuais de um agente racional otimizador em suas

²³⁶ Kornhauser acusa a influência da Escola de Frankfurt com Habermas, a de Foucault, a dos estruturalistas como Lévi-Strauss, a de Gramsci, bem como a influência dos fenomenólogos (Husserl e Heidegger) e dos hermenêutas (Gadamer e Ricoeur). Ver in KORNHAUSER, L. A. *The great Image of Authority*. Stanford Law Review, v. 36 (1984); pp. 349 e ss.

escolhas com a possibilidade de constituição de um arranjo político constituinte do bem público ou coletivo; para tanto, utiliza a linguagem como meio de coordenação da ação.

Dentro da perspectiva de normatização e validade desta, afirma, Habermas, que toda a norma é plenamente justificada quando e somente quando *as conseqüências e efeitos colaterais da satisfação dos interesses de todo indivíduo, que se espera resultem de uma conformação geral à (aquela) norma, possam ser aceitas sem compulsão por todos*.²³⁷

Portanto, através das regras do discurso e do convencimento, o sujeito cria o arcabouço normativo de conduta social em que cada indivíduo - capaz de discurso e ação - pode participar desses discursos, questionando e apresentando qualquer proposta bem como expressando suas atitudes, desejos e necessidades sem ser impedido por compulsão à abster-se de seus direitos.

Criticando o Direito formal burguês, verifica que este, antes de determinar obrigações concretas, apenas sujeita, às normas jurídicas, as permissões abstratas em que as ações podem não ser comandadas, porém, apenas deixadas a escolha ou à proibição. Assim as normas permitem toda a ação possível e não penalizada na busca de satisfação dos interesses individuais; justificando, inclusive, o utilitarismo universalista. Ensina o autor:

O utilitarismo universalista representa um sistema moral e também regula este domínio, de acordo com os mesmos critérios que a lei natural. De acordo com o utilitarismo universalista, todas as ações estratégicas, que maximizam o prazer ou as vantagens de um indivíduo, são permitidas na extensão em que sejam compatíveis com as oportunidades de qualquer outro indivíduo maximizar seu prazer ou sua vantagem. O utilitarismo cai abaixo do estágio de internalização atingido nas éticas convencionais do dever. Os motivos para a ação, permanecem externos ao sujeito moralmente responsável. Se estes motivos têm de ser incluídos no domínio da elevação moral, precisa ser estabelecido que as únicas ações que merecem ser chamadas moralmente boas, são aquelas que não só estão de acordo com as leis gerais, quando também motivadas apenas pelo respeito a lei. (...)

Os limites da ética formalista podem ser vistos no fato que as inclinações compatíveis com os deveres precisam ser excluídas do domínio do moralmente relevante e que precisam ser suprimidos. As interpretações das necessidades, que são correntes em qualquer dado contingente estágio de socialização, precisam por isto ser aceitas enquanto dadas. Não podem ser feitas diante do objeto de uma formação discursiva da vontade. Somente a ética comunicativa garante a generalidade das normas admissíveis e a autonomia dos sujeitos ativos apenas através da capacidade de redenção discursiva, das pretensões de validade, com as quais as normas aparecem. (...)

Somente a ética comunicativa é universal (e não, como a ética formalista, restrita a um domínio de moralidade privada separada das normas legais); só a ética comunicativa garante autonomia (na medida em que conduzam no processo de inserção de impulso, os potenciais rumo a uma estrutura comunicativa da ação - isto é, o processo de socialização - "com vontade e consciência")²³⁸

Detecta-se, então, a idéia de que a formulação de políticas econômicas através da normatividade, embora referindo a algo complexo e técnico deve ser discutida em *praça pública - via consenso comunicativo* - através da elaboração discursiva para decidir sobre o econômico. A questão básica está em verificar se é apropriado permitir que tecnocratas decidam os rumos da sociedade no que concerne ao aspecto econômico relevando-se uma

²³⁷ Apud WHITE, Stephen K., *Razão, Justiça e Modernidade. a obra recente de Juergen. Habermas*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo : Ícone, 1995., p.56.

²³⁸ HABERMAS, Juergen. *A Crise de legitimação no Capitalismo Tardio*. Op. cit. p. 113-114

razão sistêmica em detrimento de uma razão comunicativa. Assim sendo, questionável é, um Direito nascedouro de uma razão sistêmica que, alicerçada na tecnocracia capitalista, abandona os interesses universalistas individuais caracterizados ou evidenciados no discurso e na ação comunicativa.

Habermas tem a fundamentação da ética do discurso prático na teoria do agir comunicativo substituindo a imposição normativo-racional por uma normatividade moral consensualmente aceita. Ensina:

Somente podem pretender ter validade aquelas normas capazes de obter o assentimento de todos os indivíduos envolvidos como participantes de um discurso prático.

(...) uma norma ética é válida, justificada, quando puderem ser aceitas consensualmente, sem coação, todas as consequências que advirão para os interesses concretos dos indivíduos que pautarem o seu comportamento por ela. portanto a norma constitui um interesse, um ponto de vista generalizável.²³⁹

Adotando-se a política da *Law and Economics*, segundo a ótica Habermasiana, fica evidente uma política econômica de *cima para baixo*, deslegitimada e atentando para a democracia, ainda, sendo substituído, o cidadão representado pelo seu parlamentar, por um tecnocrata em desfavorecimento, ainda, do consenso comunicativo.

O referido consenso comunicativo, em última análise, representa uma troca ativa e pacífica de informações e de pontos de vista dos participantes de uma dada *práxis* social, através da linguagem referida a certas estruturas de racionalidade. O entendimento comunicativo através da linguagem apresenta as vantagens de, jamais, poder ser induzido a partir de posicionamentos exteriores e de atingir um consenso não ingênuo em função da racionalidade dos agentes discursivos.

Habermas afirma ter, a sociedade, chegado a um ponto em que são exigidos sacrifícios sociais sim, mas que, absolutamente, não podem ser determinados por tecnocratas.

Por outro lado, Luhmann²⁴⁰ constata que a complexidade no mundo moderno consolida poderes em cima de critérios técnicos.

Do exposto, encontra-se justificada a oponência do discurso-democrático-comunicativo Habermasiano em relação à tecnicidade verificada nos sistemas, tais como, vistos por Luhmann e à economicidade própria de um Direito visto sob o enfoque posneriano.

²³⁹ Apud SIEBENEICHLER, Flávio Beno., *Juergen Habermas: Razão Comunicativa e Emancipação*. 2ª ed. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1989. p. 141

²⁴⁰ Sobre a racionalidade sistêmica em Luhmann ver in LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1985. Coleção Biblioteca Tempo Universitário n° 75. _____. *Sociologia do Direito II*. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1985. Coleção Biblioteca Tempo Universitário n° 80. e _____. *Legitimação pelo Procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Corte-Real. Col. Pensamento Político n 15. Brasília : Editora da Universidade de Brasília, 1980.

2.7.3 A CRÍTICA SOB O ENFOQUE DE JOHN RAWLS

RAWLS²⁴¹ intenta, em sua obra encontrar uma possível base comum para a sobrevivência dos indivíduos em sociedade, ou seja, uma base moral capaz de suportar a construção de uma sociedade democrática. Essa base, para ele, é encontrada no conceito de justiça. Partindo de uma situação hipotética - a posição original - a partir da qual estão consagrados os autênticos princípios da justiça - desenha um perfil do verdadeiro sentido dessa justiça que, na teoria do contrato, vê defendido. Os princípios adotados na posição original correspondem, segundo Rawls, a juízos de justiça não distorcidos, ou seja, a juízos isentos de irregularidades e distorções e que encontram-se em equilíbrio reflexivo - equidade. Este equilíbrio é resultante da confrontação entre as diversas concepções de justiça, implicando na revisão dos juízos pessoais, relativamente aos princípios estabelecidos pelo contrato na posição original²⁴².

Construiu seu trabalho a partir dos anseios sociais, verificados nos EUA no final da década de sessenta e início dos anos setenta, em que se pugnava por uma real democracia constitucional asseguradora de uma sociedade e direitos justos.

A despeito de considerar o trabalho de grandes utilitaristas como David Hume, Adam Smith, Jeremy Bentham e J. Stuart Mill; Rawls intenta a criação de uma *análise sistemática alternativa da Justiça* diferente do *utilitarismo tradicionalmente dominante*²⁴³. Para o autor, antes de ser aplicado o princípio utilitário, devem ser respeitados os princípios da *igual liberdade para todos e da igualdade equitativa de oportunidades* fazendo surgir uma Teoria da Justiça Equitativa - TJE -, de tal forma que não sejam, os direitos básicos do cidadão, suscetíveis de cálculo de interesses sociais ou negociação política. Reconhece, entretanto, que, a partir do conflito desses interesses, resta à Justiça social cuidar *de especificar os direitos e deveres básicos e determinar a forma apropriada de uma repartição justa da riqueza*²⁴⁴.

Ressaltando que o princípio da utilidade é incompatível com a cooperação social entre iguais destinada a assegurar benefícios mútuos, embasa a TJE na *igualdade quanto à*

²⁴¹ RAWLS, John. *A theory of justice*. Oxford : Oxford University Press, 1980, p. 46 - 53.

²⁴² No mesmo sentido ver : GARCIA, Jesus I. Martinez. *La teoria de la Justicia en John Rawls*. Centro de Estudios Constitucionales : Madrid, 1985, p. 80 e DWORKIN, *Law's Empire*, Op. cit. p. 227-228.

²⁴³ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Op. cit., p. 14.

²⁴⁴ Op. cit. p.29.

atribuição de direitos e deveres básicos bem como na aceitação de *desigualdades econômicas e sociais consideradas justas apenas se resultarem em vantagens compensadoras para todos e, em particular, para os mais desfavorecidos membros da sociedade*²⁴⁵.

Uma das críticas mais severas ao utilitarismo trata, conforme também o faz Dworkin, do problema da não eqüitativa distributividade dos benefícios sociais²⁴⁶ entre todos os membros da sociedade²⁴⁷. De outra forma, lembra o autor que enquanto as decisões originais - escolhas - utilitárias partem do sujeito isolado, em sua TJE os princípios básicos são traçados a partir do contrato original.

A TJE tem seu valor, como teorização crítica da Justiça, que, em função de um bem universal alcançável pela eqüidade de direitos, opõe-se às decisões pragmáticas que desconhecem o cidadão, mesmo em função de um social que não foi legitimado pela posição original de um contrato propiciador de iguais condições e de uma distributividade da riqueza; daí a crítica que é possível à LaE.

Resta, ainda, para este Capítulo, a necessária análise das possibilidades da LaE em relação ao Direito voltado à codificação, qual seja, a *Civil Law* de forma a identificar o seu valor como instrumento metodológico-interpretativo ou, mesmo, conforme à natureza do próprio Direito normatizado. Intenta-se, então, identificar o caráter economicista da norma, seja em função de uma nova possibilidade interpretativa do Texto legal, seja em função de uma real característica fundamentativa do Direito observada na própria Teoria Econômica.

2.8 A LAW AND ECONOMICS E A CIVIL LAW

Embora a teoria da LaE tenha sido, originalmente, desenvolvida e aplicada em um contexto pós-realista norte-americano em que se questionava a atitude dos julgadores que, em meio à *Common Law*, intentavam resolver as demandas segundo critérios pessoais formadores de uma jurisprudência variada e que gerava incerteza jurídica, seus institutos podem ser plenamente aplicáveis à *Civil Law*. De fato, se na *Common Law* ocorreu a padronização em termos de normatização e posituação de um Direito pensado de forma racional conforme aos

²⁴⁵ *Op. cit.* p.35.

²⁴⁶ Ver Capítulo V: A Distribuição in RAWLS, John . *Uma Teoria da Justiça*. *Op. cit.* pp. 209-260.

²⁴⁷ *Op. cit.* p.43.

ditames da Teoria Econômica, na *Civil Law* isto também é plenamente possível.

Os grandes sistemas jurídicos estão a interagirem; de forma que, em países de *Common Law*, os *statutories* são presenças constantes enquanto que, nos sistemas codificados, proliferam processos hermenêutico-libertadores de uma prática jurídico-legislativa restricionista que impede a liberdade de apreciação do fenômeno social.

Assim, em meio a esta interdisciplinariedade da prática jurídico-legal, desponta, como uma possibilidade interessante de análise para o Direito, a LaE, que se estrutura, ora como método interpretativo, ora como inerente à natureza economicista do próprio Direito. É de destacar que alguns doutrinadores, de países onde predomina o sistema da *Civil Law*, já aplicam os conhecimentos da LaE de forma a explicarem, de forma racional, seus ordenamentos jurídicos²⁴⁸.

Em tempos de globalização e, segundo a atual ótica economicista neoliberalizante vigente dentro do sistema capitalista abrangente a muitos países alinhados em transações comerciais, em intercâmbio de culturas e em aproximações institucionais, fica evidente a necessidade de serem acompanhados os grandes movimentos jurídico-teóricos que, se não devem ser copiados de modelos já consagrados em grandes potências como é o caso dos EUA, devem ser estudados para que seja possível entender a lógica econômico-jurídica que, inquestionavelmente, está inserida na prática de governos e dos próprios cidadãos desses países.

A política de um Estado - mínimo está justificada em uma racionalidade de fortalecimento da sociedade civil. O que é discutível, no entanto, é o fato de estar ou não, esta sociedade, suficientemente organizada dentro de padrões de distributividade e equidade para ser inserida em projetos excludentes de um Estado dinamizador das relações particulares de mercado. Se, liberdade como forma de obter justiça social é justificada, segurança e certezas jurídicas também o são, cabendo, portanto, momento reflexivo em relação ao atual ritmo das relações globais de uma Nova Ordem Econômica Internacional em que a iniciativa privada assume posição hegemônica em relação aos rumos da riqueza mundial, muitas vezes, infelizmente, desconsiderando o social.

A racionalidade economicista deve, pois, ser apropriada pelos países codificados como mais um instrumento de *otimização* do próprio Direito em crise, já, há algum tempo. É

²⁴⁸ Lembre-se, aqui, por exemplo, das obras de TORRES LÓPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho*. Op. cit. e de SANTOS PASTOR, *Sistema Jurídico y Economía : Una introducción al Análisis Económico del Derecho*. Op. cit. de origem espanhola; de GIOFFRÉ, Marcelo A. e MORANDO, Mario J. *Economía y Orden Jurídico . El impacto de la Juridicidad en los Procesos Económicos*. Op. cit. de origem Argentina; de SCHÄFER, Hans-Bernd e OTT, Claus. *Manual de Análisis Económico del Derecho*. Op. cit. de origem Alemã; de ROEMER, Andrés. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Op. Cit. de origem Mexicana e de ALPA, Guido et alli. *Interpretazione Giuridica e Analisi Economica*. Milano : Giuffrè. 1982, de origem Italiana.

prudente, portanto, proceder a uma retomada da operacionalidade jurídico-legislativa de forma coerente e própria ao fenômeno social de forma dialético-interativa evitando o descompasso de legislações arcaicas e ineficazes.

Não deve, pois, ser em vão ou condenável o *quebrar das resistências* tradicionais de um Direito Clássico de natureza positivista, conforme à racionalidade kantiana e à idéia de Justiça como ideal que se choca com o instituto da eficiência como valor último. O fato, entretanto, é que, no dia a dia, tanto governos, através de planos econômicos, como, através de julgados e leis assumem, cada vez mais, caráter econômico justificando sua práxis conforme um Direito moderno, atual e instrumentalizado para a valoração de objetivos racionalizados pelos agentes.

Alguns impedimentos naturais às novas teorias existem; como é o caso das dificuldades do idioma - inglês - em que é escrita a maior parte da doutrina; sem falar no problema óbvio relativo à necessidade, por parte dos advogados de algum, ou mesmo sólido, embasamento científico-técnico de natureza econômica.

Restam, também, problemas de natureza ideológica quanto à aceitação das premissas de uma ótica economicista de natureza capitalista-liberal de forma que, alguns pensadores, referem, ao fato, como Imperialismo Economicista. É infrutífero rotular uma prática de boa ou má, justa ou injusta e, mesmo, imperialista no sentido de que, constatada a sua existência, deve ser entendida, sua lógica, no sentido de tornar apropriável o que de bom ela, possivelmente, apresente, da mesma forma que detectando as incongruências do modelo de forma a expurgar da práxis jurídico-legislativa vigente nos países procedimentos indesejáveis.

Não há espaço para um Direito romântico e desconectado com a realidade em busca de uma utopia inacansável no momento questionado, assim como, também não o há para um realismo cego e intolerante. Lembre-se do ensino de Edward H. Carr:

A antítese de utopia e realidade pode, em alguns aspectos, ser identificada com a antítese Livre Vontade e Determinismo. O utópico é necessariamente voluntarista: acredita na possibilidade de, mais ou menos radicalmente, rejeitar a realidade, e substituí-la por sua utopia por um ato de vontade. Já o realista analisa um curso de desenvolvimento predeterminado, que ele é impotente para modificar. Para o realista, a filosofia, nas famosas palavras de Hegel no prefácio de sua "Filosofia do Direito", "sempre chega tarde demais" para mudar o mundo. Por intermédio da filosofia, a antiga ordem "não pode ser rejuvenescida, somente conhecida". O utópico, fixando seus olhos no futuro, pensa em termos de criatividade espontânea; o realista, enraizado no passado, em termos de causalidade. Toda a ação humana sadia, e portanto todo pensamento sadio, deve estabelecer um equilíbrio entre utopia e realidade, entre vontade e determinismo. O realista completo, aceitando incondicionalmente a sequência dos acontecimentos, se priva da possibilidade de modificar a realidade. O utópico completo, rejeitando a sequência causal, se priva da possibilidade de entender a realidade que está tentando transformar, ou os processos pelos quais ela pode ser transformada. O vício característico do utópico é a ingenuidade; o do realista, a esterilidade.²⁴⁹

²⁴⁹ CARR, Edward Hallett, 20 anos de crise: 1939-1945, Trad. de Luiz Alberto Figueiredo Machado. Brasília: UNB, 1981. Coleção Pensamento Político, 24.p.23.

Tanto na fase elaborativa da norma quando da aplicação judicial ao caso concreto pode ser adotado critério de eficiência e de otimização da riqueza conformes à conduta individual e à distribuição dos direitos, instrumentalizando-se, o Direito, para uma realidade evidentemente economicista no proceder do homem que, se não atua, totalmente, segundo os ditames do *homo oeconomicus*, tem, na racionalidade deste, teorização capaz de justificar o comportamento social com excelentes possibilidades em relação às outras ciências sociais.

A norma jurídica, segundo a escola kelseniana é justificável, segundo hierarquia de valores em um sistema jurídico-normativo, afastada a concepção meta-jurídica de justiça que, no entanto, é almejada, pelo legislador, segundo seu entendimento pessoal ou, idealmente, segundo sua capacidade de captar, em meio à sociedade, seus reais desejos. Também quando da decisão jurídica para o caso concreto, resta, ao juiz, averiguar a Lei e *dar o direito* conforme os métodos hermenêuticos de que disponha, ainda sendo relevante, neste processo seu entendimento pessoal²⁵⁰. Se, assim o é, cabe à doutrina oferecer possibilidades de instrumentalização dos operadores jurídicos e legisladores de forma a evitar procedimentos ingênuos, em relação ao poder econômico estruturado e atuante, bem como danosos à riqueza jurisdicionada.

Se a natureza econômica pode ser vislumbrada na origem e estruturação do Direito, seja de forma marxista ou stammleriana ou interativa, uma racionalidade economicista, se não como *ultima ratio*, mas, sim, como mais um instrumental analítico-hermenêutico, deve ser disponibilizada quanto da apreciação dos diversos campos da *Civil Law*, inclusive o do Direito Econômico. Entretanto, fique presente, que a LaE não deve ser confundida com o dito ramo do conhecimento jurídico denominado Direito Econômico tal como bem lembra Andrés Roemer ao expressar, como segue, a respeito:

Em contraste con el análisis económicos del derecho, el derecho económico tiene su origen en el derecho social francés, y su propósito es estudiar las legislaciones que poseen implicaciones macroeconómicas. El derecho económico no pretende efectuar análisis microeconómicos de las legislaciones de referencia, sino simplemente describir la influencia que esas leyes ejercen en la sociedad. ²⁵¹

No que concerne ao Direito Econômico, através da *Law and Economics*, podem ser analisadas as diversas políticas econômicas embasadas em princípios programáticos e

²⁵⁰ Não é novidade verificar que, em não poucas oportunidades, o magistrado é tentado a julgar segundo sua consciência de forma a, posteriormente, adequar seu veredito a uma norma, habilmente, justificada para aquele fim. Não se condena o assim proceder pois, efetivamente, nem o sistema apresenta respostas adequadas a todos os casos e nem a justiça como ideal maior é consagrada em certos mandamentos normativos a despeito de formalmente aceitáveis.

²⁵¹ ROEMER, Andrés. *Introducción al Análisis Económico del derecho*. Op. cit. p. 98.

traduzidas em Leis do Plano no qual se estipulam índices de crescimento econômico calcados em custos sociais avaliáveis; além disso, pode ser feita abordagem econômica sobre o Direito de Propriedade como caracterizador do Sistema Econômico adotado, do Direito Societário, Direito Antitruste, Direito de Defesa do Consumidor, etc.

Em respeito ao Direito Constitucional, mais evidentes, tornam-se as possibilidades na medida em que, no Texto Magno, estão presentes as premissas dos demais ramos do Direito, bem como instituídos os princípios básicos do Sistema Jurídico do País. Assim, pode ser analisada a liberdade de contratação a partir do enfoque da *Law and Economics*, como também a distribuição da carga tributária e os parâmetros delineadores da função social da propriedade, dentre outras disposições.

De posse do instrumental teórico carreado até o presente capítulo inerente à Ciência Econômica e à LaE, chega o momento de delimitar o campo de estudo e aplicação, dentro do Direito Pátrio, das novas teorizações. O Capítulo III objetiva delimitar o ramo do Direito denominado Econômico, de forma a serem destacadas suas características principais e aspectos histórico-metodológicos propiciando, ainda, estudo sobre o constitucionalismo. Procedendo desta forma, ambienta-se, o leitor, para, no Capítulo IV, derradeiramente, serem apresentados alguns delineamentos de aplicabilidade da LaE no que diz respeito aos Princípios da Ordem Econômica Brasileira de 1988.

CAPITULO III: O DIREITO E O ECONÔMICO: O DIREITO ECONÔMICO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO ECONÔMICA BRASILEIRA - *CIVIL LAW*

3.1 Introdução ao Tema e Generalidades 3.2 Ordem: Apreciação Doutrinária. 3.2.1 Conceito de Ordem. 3.2.2 Ordem Econômica. 3.2.3 Ordem Jurídica. 3.3 O Direito como Ordenador da Economia: O Direito Econômico. 3.3.1 Conceito de Direito Econômico e Generalidades 3.3.2 Metodologia do Direito Econômico 3.3.3 Evolução Histórica do Direito Econômico 3.3.3.1 Os Precursores Teóricos 3.3.3.2 Origens Históricas do Direito Econômico 3.3.4 O Sujeito do Direito Econômico 3.3.4.1 Do Estado Como Sujeito de Direito Econômico 3.3.4.2 Da Empresa Privada Como Sujeito de Direito Econômico 3.3.5 O Objeto do Direito Econômico e seu Conteúdo 3.4 Das Normas de Direito Econômico; 3.5 Da Competência Constitucional para Legislar sobre o Econômico; 3.6 O Direito Constitucional Econômico 3.6.1 Introdução e Noções sobre a Constituição 3.6.2 Conceito de Constituição Econômica 3.6.2.1 O Conteúdo Econômico nas Constituições 3.6.2.2 A Democracia Econômica em Meio à Prática Política Brasileira 3.6.3 Evolução Histórica do Direito Econômico nas Constituições 3.6.4 A Constituição Econômica na história das constituições Brasileiras.

La economía halla en el derecho su principio generador. Efectivamente, el norte del derecho es la justicia, la cual implica la libertad y la propiedad; ahora bien, la libertad, la propiedad y la justicia constituyen, al mismo tiempo, los tres pilares de la economía política. En la libertad está el fundamento del hombre económico, hasta tal punto que se ha dicho, justamente, que el hombre es la libertad servida por órganos. La propiedad forma la base de la producción, del cambio, y de la distribución de bienes. La justicia brinda los criterios para adoptar soluciones; por eso, en todos los movimientos de reforma, los combates de los economistas han sido librados por la causa de la justicia. La justicia, en consecuencia, es, a un tiempo, el fundamento del derecho y el principio regulador de la economía política; las dos ciencias tienen el mismo centro, si bien no presentan la misma circunferencia. Luego el Legislador ha de inspirarse, por una parte, en los ideales del derecho natural de los intereses materiales.

El orden jurídico casi no es otra cosa que la consagración social de los hechos económicos.¹

3.1 INTRODUÇÃO AO TEMA E GENERALIDADES

Este capítulo tem como escopo a apresentação e a análise de um dos aspectos do conhecimento jurídico, mais especificamente, o inerente ao campo econômico. Para fins de consecução da presente análise e como campo teórico de aplicação da LaE, é necessário abordar, com especificidade, o chamado Direito Econômico.

Com o desenvolvimento de uma política intervencionista, principalmente depois de 1930, os diversos Países passaram a adotar máximas econômicas que, compiladas, formaram o bojo legislativo-teórico do Direito Econômico. Pretende-se, então, analisar o assunto a partir do conceito de Ordem, mais especificamente, Ordem Jurídica e Ordem Econômica, ainda delimitando o campo de atuação do Direito Econômico, sua metodologia e evolução histórica. Além disto, e com intuito de esclarecer a respeito deste ramo do Direito, ser-lhe-ão verificados

¹ OTERO DIAS. *Op. cit.* p. 16.

sujeito e objeto, sendo almejada, por fim, a caracterização do Direito Econômico como ramo do conhecimento jurídico voltado à manutenção de uma Ordem que vislumbra a atividade econômica, racionalizada em critérios de eficiência, conforme à LaE.

De posse das premissas doutrinárias básicas do Direito Econômico, se empreende, em um segundo momento, a análise específica do conceito de constituição econômica e uma sucinta análise do histórico constitucional econômico brasileiro, ainda sendo traçado delineamentos sobre competências constitucionais para legislar em termos econômicos. É, também, apresentada a idéia de institucionalização das normas de Direito Econômico, principalmente, revelando sua programaticidade e aplicação.

3.2 ORDEM: APRECIÇÃO DOUTRINÁRIA.

Segundo a doutrina grega, à ordem - cosmos - se opõe o caos. Desde os primórdios da antigüidade, o homem, procura a *segurança, conservação, vida satisfeita e* a estabilidade em suas relações com os demais, de forma, a fugir do que Hobbes chamou *estado de natureza*. Paradoxalmente, ao mesmo tempo que aspira à ampla liberdade, o homem introduz *restrições* ao seu comportamento em sociedade de forma a estruturar, por fim, o *Estado* e seus institutos. É uma busca, através do instituído, para obter o *cumprimento dos pactos e o respeito às leis de natureza*.²

Assim, concomitantemente com o proceder de rebeldia frente ao estado de natureza, o homem, se debate pela perda de sua liberdade em função de regulamentos e instituições que garantam um mínimo de convívio social. Freud ensina a respeito delimitando as finalidades para a utilização de *regulamentos* que; segundo parece, estão, intimamente, ligadas ao campo econômico - *impulso reprimido do Direito*; fazendo verificar que, apesar do grande avanço no domínio da natureza; no campo das relações humanas, o mesmo não é tão expressivo deixando, inclusive, a desejar. Resultado é, então, a necessidade de se erigir a civilização sobre a coerção e a renúncia ao instinto objetivando o empreendimento do enobrecedor e necessário trabalho para a aquisição da riqueza.

Freud chega, mesmo, a justificar e assegurar que os *regulamentos da civilização* só podem (...) *ser mantidos através de certo grau de coerção, a saber, que os homens não são*

² HOBBS. *Op. cit.* p. 103.

*espontaneamente amantes do trabalho e que os regulamentos não têm valia alguma contra suas paixões.*³ Ainda destaca o que chama de *vantagens mentais da civilização* que devem ser garantidas, também, por regulamentos:

A princípio, ficamos tentados a procurar as vantagens da civilização na riqueza disponível e nos regulamentos para a sua distribuição. Entretanto, com o reconhecimento de que toda civilização repousa numa compulsão a trabalhar e numa renúncia ao instinto, provocando, portanto, inevitavelmente, a oposição dos atingidos por essas exigências, tornou-se claro que a civilização não pode consistir, principal ou unicamente, na própria riqueza, nos meios de adquiri-la e nas disposições para sua distribuição. (...) Junto com a riqueza deparamo-nos agora com os meios pelos quais a civilização pode ser defendida: medidas de coerção e outras, que se destinam a reconciliar os homens com ela e a recompensá-los por seus sacrifícios. Estas últimas podem ser descritas como as vantagens mentais da civilização.⁴

Decorre, então, que, para a proteção da civilização e, inclusive, manutenção do *status quo* se apresentam, para o referido pensador, duas possibilidades: a coerção - na qual se insere o Direito punitivo - e a recompensa - que poderia ser explorada por um Direito Persuasivo. O que ocorre, entretanto, é que o modelo jurídico-legal existente, tradicionalmente causalístico e formal, não se aplica, ou por outra, não surte seu efeito de maneira esperada em toda a sociedade. O próprio Freud explica o porquê:

Em benefício de uma terminologia uniforme, descrevemos como "frustração" o fato de um instinto não poder ser satisfeito, como "proibição" o regulamento pelo qual essa frustração é estabelecida, e como "privação" a condição produzida pela proibição. O primeiro passo consiste em distinguir entre privações que afetam a todos e privações que não afetam a todos, mas apenas a grupos, classes ou mesmo indivíduos isolados. As primeiras são as mais antigas; com as proibições que as estabeleceram, a civilização - quem sabe há quantos milhares de anos atrás? - começou a separar o homem de sua condição animal primordial. (...) Se nos voltarmos para as restrições que só se aplicam a certas classes da sociedade, encontraremos um estado de coisas que é flagrante e que sempre foi reconhecido. É de esperar que essas classes subprivilegiadas invejem os privilégios das favorecidas e façam tudo o que podem para se libertarem de seu próprio excesso de privação. Onde isso não for possível, uma permanente parcela de descontentamento persistirá dentro da cultura interessada, o que pode conduzir a perigosas revoltas. Se porém, uma cultura não foi além do ponto em que a satisfação de uma parte de seus participantes depende da opressão da outra parte, parte esta maior - e este é o caso em todas as culturas atuais -, é compreensível assim oprimidas desenvolvam uma intensa hostilidade para com uma cultura cuja existência elas tornam possível pelo seu trabalho, mas de cuja riqueza não possuem mais do que uma quota mínima. Em tais condições, não é de esperar uma internalização das proibições culturais entre as pessoas oprimidas. Pelo contrário, elas não estão preparadas para reconhecer essas proibições, têm a intenção de destruir a própria cultura e, se possível, até mesmo aniquilar os postulados em que se baseia.⁵

Nesta passagem, fica latente o esgotamento do paradigma jurídico monista estatal existente, na medida em que, sendo, este, o escudo de legalidade, ética e moralidade de uma categoria - os incluídos no sistema - deixa, ao desamparo e ao rigor de suas premissas, os excluídos - marginalizados: grande massa popular que anseia por ver seus instintos, e se nem tanto, seus desejos minimamente satisfeitos seja, inclusive, optando pela destruição dos paradigmas sociais estabelecidos.

O Direito não é para todos e, a falácia revolucionária liberal de que a *lei é igual para*

³ FREUD, Sigmund. *Cinco Lições de Psicanálise*. Op. cit. pp. 89.

⁴ Op. cit. pp. 91.

⁵ Op. cit. pp. 91-93.

todos não convence o sujeito de direito. O evidente resultado desta política desconsideradora do social é uma profunda infelicidade e insatisfação. Freud indica três motivos para a infelicidade a saber: o poder superior da natureza, a fragilidade do corpo humano e, conforme já indicado, a inadequação das regras que procuram ajustar os relacionamentos mútuos dos seres humanos na família, no Estado e na sociedade. Quanto a esta última fonte de insatisfação o autor cita:

Não a admitimos de modo algum; não podemos perceber por que os regulamentos estabelecidos por nós mesmos não representam, ao contrário, proteção e benefício para cada um de nós. Contudo, quando consideramos o quanto fomos mal sucedidos exatamente nesse campo de prevenção do sofrimento, surge em nós a suspeita de que também aqui é possível fazer, por trás desse fato, uma parcela de natureza incontestável - dessa vez, uma parcela de nossa própria constituição psíquica.⁶

A regulamentação, entretanto, tem sua função na medida em que ajusta os relacionamentos sociais mútuos evitando, a arbitrariedade e a prevalência da vontade do mais forte. Substitui-se, a vontade individual, pela comunitária fazendo surgir o *Direito*. A primeira exigência da civilização, portanto, é a justiça que deve ser abrangente; sendo, por ela, pago alto preço, qual seja, o sacrifício do instinto de liberdade. O problema, então, é que, se não for justa, a lei, o indivíduo se revolta em uma atitude de reconquista de sua liberdade, como que, condenando o próprio sistema judiciário que, neste caso, faliu em defender seus direitos. A partir disto, o homem busca transgredir pois passa a lhe parecer mais interessante o que lhe é proibido, numa atitude rebelde.

Esta é a eterna luta do homem em sociedade. Uma eterna disputa de posições ora inerentes a um agir civilizado, respeitador do outro - alteridade -, ora individualista - primando pela liberdade perdida. Poder-se-ia, questionar, então, até que ponto são honestos e válidos os processos de pacificação que mantêm a *ordem e a limpeza*⁷ na sociedade; amoldando o homem ? - lembre-se a religião, a moral e a própria lei ou, mais amplamente, o Direito. É um processo muito desgastante e de alto preço a ser pago tornar *lobos em ovelhas*; o problema, no entanto, é que poderão subsistir alguns *lobos* que, fatalmente, subjugarão o *rebanho convertido e apaziguado*. É o exercício do poder sobre o *rebanho pacífico*. Como culpar a quem não concorda em ser submetido às regras do sistema ? Como deixar de se arvorar - ele, o operador jurídico - em *pai*, em julgador eterno e onipotente conhecedor da verdade única ? Não seria, ele, também, um transgressor em potencial ?

⁶ Op. cit. pp. 148.

⁷ FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Sigmund Freud ; seleção de textos de Jayme Salomão ; trad. Durval Marcondes ...et al.. São Paulo : Abril Cultural, 1978. Coleção Os Pensadores. p.113.

Nessa incessante luta entre o instituído e o ideário de liberdade, o homem procura a felicidade no trabalho, na satisfação das necessidades - atividade econômica - e na sublimação dos sentidos. Fato, entretanto, é que, o progresso humano como resultado da epopéia da existência ocorre em meio à inexoráveis crises advindas dos posicionamentos divergentes ao instituído. Neste contexto, ensina Nelson Saldanha que a idéia de ordem tem assumido caráter negativo vinculada à *imagem de instituições repressivas e regimes conservadores, ou, mais concretamente, autoritaristas*⁸. Lembra, por outro lado, o ínclito doutrinador, que se trata de um equívoco pensar a idéia de ordem como conservadora uma vez que deve ser entendida como *algo mais amplo e mais constante, mais significativo e mais versátil como aspecto objetivo das organizações humanas em seu sentido maior*.⁹

Por este ângulo, ordem, como disposição do real, seja em termos políticos, jurídicos, econômicos, etc., deve ser entendida conforme a visão de mundo do sujeito que observa e seu método interpretativo dos fenômenos de maneira a aproximar a matéria da forma. Obviamente, incorrem, no *modus observandi* do sujeito, fatores inerentes ao grau de conhecimento deste e de sua posição ideológica sendo reveladas, desta forma, divergências de postura em relação ao instituído de forma a se intentar atitude conservadora ou progressista em relação ao fático da vida social. De qualquer forma, é almejada, com o ordenamento da vida em sociedade, a institucionalização de valores, princípios e fundamentos através de normas que substituam, em última análise, a violência privada pelo poder do Estado.

Fato, entretanto, relevante, é a estruturação, dentro da esteira do pensamento iluminista, de um capitalismo liberal apologético do fenômeno econômico fragmentador das estruturas sociais em função da eficiência econômica e da individualidade; o que justifica, pois, o detalhado estudo da evolução própria do pensar de uma ordem econômica capitalista a ser garantida, constitucionalmente, sob pena de, assim, não o sendo, ser estruturado um Estado antidemocrático e uma pragmática econômica predatória.

3.2.1 CONCEITO DE ORDEM.

O termo ordem pode ser associado com a idéia de forma, modo ou maneira como os objetos ou as idéias estão dispostos a revelar, dessa forma, várias idéias outras, adjacentes, tais

⁸ SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica* : sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo , principalmente no direito . Rio de Janeiro : Renovar, 1992. p. 2.

⁹ *Op. cit.* . p. 3.

como metodologia, lei, natureza, determinação, disciplina, proporcionalidade, normalidade e regularidade. Ao mesmo tempo em que inspira simetria, também estrutura classificações e, portanto, diferenças entre os objetos e idéias ordenados - juízo de realidade - ainda, segundo o observador e seu juízo de valor.

Da ordem emana a noção de *logos* em que algo - objeto ou idéia - ocupa no espaço-tempo, bem como, suas relações com os demais elementos de consideração; contraposta à idéia de desordem relativa à falta de estrutura ou regularidade.

Em termos sociais, a idéia de ordem determina o tipo de agrupamento e de relações vivificadas pelo homem ao se relacionar com os demais, de forma a, desta idéia, surgir o questionamento sobre a criação e exercício do poder. Em termos de poder¹⁰, social, político ou econômico, é, historicamente, verificável que o mais forte cria as distinções e quesitos qualificativos de forma a instituir a ordem segundo as diferenças por ele apropriadas.

Diversos arquétipos ou classificações podem ser obtidos a partir da relevância de não menos múltiplas características que podem influenciar a ordenação a partir, entretanto, de uma classificação mínima de ordem como: ordem natural e ordem social; a partir da qual, se desenvolve uma infinidade de outras classificações conformes ao observador e às qualidades do observado.

Da distribuição de poder ou concentração deste em comparação com a idéia de ordem surge o instituído estatal no qual de inclui o Direito e a própria atividade econômica. Se é bem verdade que muitos movimentos libertários têm sido observados nos últimos séculos - Reforma, Iluminismo, liberalismo, movimento marxista - em relação à liberdade propugnada para as classes trabalhadoras -, movimentos contra o racismo, movimentos feministas, instituição das democracias político-econômicas e outros; inafastável é, também, a idéia de controle político, por parte dos cidadãos em relação ao Estado. O controle do exercício dos poderes pelo Estado ocorre através das cartas constitucionais que, em um primeiro momento, guardando as liberdades políticas, passam, no séc. XX, a cuidar das liberdades e garantias econômicas.

Consagrada, pois, a ordem ou instituído como arranjo distributivo e classificatório das idéias e objetos, de forma a garantir o exercício do poder, segurança e estabilidade nas relações diversas, é possível verificar a respeito do que se considera ordem jurídica e ordem econômica.

¹⁰ Sobre o exercício do poder e dominação ver WEBER, Max. *Economia e Sociedad. Op. cit.* p. 170-239.

3.2.2 ORDEM ECONÔMICA.

A ordem social, em seu aspecto amplo, engloba diferentes *matizes* e possibilidades classificatório-ordenatórias de modo que, conforme às premissas observáveis, se torna possível identificar ordens específicas de análise do fenômeno social. Hodiernamente, o Direito e, mais especificamente, as Constituições, têm se preocupado, mais atentamente, com o fenômeno econômico tal qual como o fizeram, no séc. XIX, em relação aos direitos políticos. As relações do Estado com a economia de forma a influir na produção e no destino da riqueza passaram a ser assunto, sobremaneira, relevante; influenciando, inclusive, as questões de soberania nacional e a liberdade dos agentes econômicos.

A ordem econômica pode ser entendida em um sentido natural e, em outro, social. Em função da primeira possibilidade, se apresenta como a *realidade disposta dos fenômenos observados* - atividades econômicas - segundo suas características reveladoras de economicidade ou racionalidade econômica e, portanto, conforme às máximas das leis econômicas como é verificável, por exemplo, na lei de oferta e demanda.

Em um segundo sentido, ordem econômica pode ser vista conforme *as relações dos agentes econômicos a serem determinadas através da ótica* - visão de mundo - do *Direito*.

Interagem os conceitos de Ordem Econômica, Ordem Jurídica da Economia, Ordem Pública Econômica e Direito Econômico. Existente, no mundo real uma Ordem Econômica inerente à relação dos agentes através da especialização e da divisão do trabalho, se determina, em um Estado de Direito, a ordenação jurídica dos fenômenos sendo, então, delimitada a chamada Ordem Jurídica Econômica. A Ordem Jurídica da Economia é, pois, a parte do Direito que tem por objeto as relações econômicas.

Decorrente do conceito de ordem, deve, também, ser lembrada a idéia de Ordem Pública Econômica onde, conforme ensina Vital Moreira¹¹, existe dicotomia quanto à determinabilidade, por parte do ordenamento jurídico, das relações econômicas. Para alguns entendidos, se trata de *ordenamento impositivo e imperativo*, para outros, de conjunto de dispositivos de *defesa de interesses dos agentes*. Para a primeira posição, se observa o conceito clássico de ordem pública que submete a vontade das partes contrariamente à liberdade contratual e visando o bem-comum enquanto, para a segunda posição, se verifica conjunto de princípios-fundamentos, em defesa ou garantia do interesse geral, determinantes

¹¹ MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição*. Op. cit. p. 53-69

da estrutura político-econômico-social do Estado.

Para Max Weber, ordem econômica é entendida como referida à *distribuição do poder de disposição efetivo sobre bens e serviços econômicos que se produz consensualmente - consensus - , segundo o modo de equilíbrio dos interesses, e à maneira como esses bens e serviços se empregam segundo o sentido desse poder fático de disposição que repousa sobre o consenso*¹².

A Ordem Jurídica da Economia é, portanto, a parte da ordenação jurídica voltada para a regulação das relações sociais que tenham ou possam ter - conforme possibilidade de análise de relações e imposição de valores extra-mercado através de preços sombra - caráter econômico. Tal Ordem pode ser estipulada de forma ampla na Ordenação Pública Econômica e, mais restritamente, através do Direito Econômico.

3.2.3 ORDEM JURÍDICA.

Recorrendo-se, ainda, a Nelson Saldanha, verifica-se que, este, toma ordem jurídica, em seu aspecto genérico, como *um conjunto de regras oficializadas pelo grupo*, distinguindo-a de ordem estatal considerada como *sistema de funções ligadas ao exercício do governo em termos de dominação estabilizada*.¹³

O ordenamento jurídico pode ser visto a partir da interação dialética entre o ordenamento da realidade - fenomenológico - os juízos valorativos do observador e conseqüente institucionalização normativa¹⁴, de forma que se vê, o Direito, inserido em aproximações político-éticas a justificar e ordenar o fato social.

Diversas, entretanto, são as concepções da ordenatividade jurídica, ora segundo influência de um sociologismo tal como é idealizado por Roscoe Pound¹⁵ apologizando uma *engenharia social*, ora como simples instrumento de controle social, ora como *maximização da riqueza econômica* conforme Posner¹⁶ a define, sendo de destacá-la, ainda, como

¹² WEBER, Max. *Economia e Sociedad: Esbozo de sociologia comprensiva*. op. cit.. p. 251.

¹³ SALDANHA, Nélon. *Ordem e Hermenêutica* : Op. cit. p. 140-141.

¹⁴ Deve ser feita alusão à idéia de uma teoria tridimensional do Direito defendida na obra do ensinador Miguel Reale in REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Op. cit.

¹⁵ POUND, Roscoe. *Introdução à Filosofia do Direito*. trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar. 1965., e _____. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. trad. Jose Puig Brutau. Barcelona : Ariel. pp. 187 e ss.

¹⁶ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Op. cit. pp. 179-191.

ordenadora das relações de mando e obediência, segundo lembra Max Weber¹⁷ ao referir sobre o *poder do Estado* em monopolizar o uso da força que deve ser legitimado e, ainda, instrumentalizado pela ação política e pelo ordenamento jurídico.

A ordem jurídica, portanto, compreende a estrutura princípio-normativa que determina as relações dos indivíduos em sociedade de forma a delimitar uma ordem de direitos e obrigações definidos a partir de critérios diversos conformes ao pacto social prévio atrelado em decisões político-ideológicas.

Há, entretanto, de se considerar que, a ordem instituída, pode ser fruto de um pacto não socialmente amplo e, ainda, considerador de aspectos ordenativos não legitimados pela sociedade. Tais aspectos podem ocorrer segundo diversas visões de mundo do ordenador jurídico-social: político, ético, religioso, eficientista, estritamente meta-jurídico, realista, pragmático, sistêmico-formal, utópico, etc.

Ao se optar por uma destas visões, automaticamente, se está a estipular uma Teoria Geral do Direito que tem por escopo fazer fugir, do caos e da insegurança, o homem, atuando, em sociedade, em relação ao próprio homem.

3.3 O DIREITO COMO ORDENADOR DA ECONOMIA: O DIREITO ECONÔMICO.

Dentro do posicionamento inerente à especialização do conhecimento, é apropriado considerar o Direito Econômico como disciplina específica no conjunto das demais disciplinas jurídicas. É, pois, ramo distinto e identificável no universo do Direito que se apresenta interligado aos demais, constitucionalizado em muitas legislações e estruturado doutrinariamente. Existe polêmica muito grande quando se intenta atrelar o Direito Econômico ao ramo do Direito Público ou ao ramo do Direito Privado; da mesma forma, divergências existem ao se intentar defini-lo ora pelo seu objeto, ora segundo seus agentes, e assim sucessivamente; entretanto, deve permanecer evidente o caráter interdisciplinar do Direito Econômico que trata, juridicamente, em última análise, das relações entre agentes e respectivos fenômenos econômicos observáveis no meio social.¹⁸

¹⁷ WEBER, Max . *Economia e Sociedad*, Op. cit. p. 1056 e ss.

¹⁸ Neste sentido, dispõe Júlio H.G. Oliveira : *Los hechos sociales están sometidos al derecho; son portanto, hechos jurídicos. Perteneciendo muchos de ellos, simultáneamente, a la clase de los hechos económicos, revisten el doble carácter económico-jurídico. Esta propiedad requiere una legislación diferenciada, que se adecue plenamente a la naturaleza especial de aquellos hechos. Pues "no respondería a la realidad objetiva de las cosas una legislación que sólo atendiera a su aspecto jurídico, desatendiendo el aspecto*

As normas de Direito Econômico refletem, pois, uma *síntese* entre o Direito Público e o Direito Privado, geralmente, têm caráter indicativo e são programáticas; na medida em que buscam a regulamentação das diversas economias dentro da perspectiva de um Estado atuante na Ordem Econômica de forma a balizarem metas ou objetivos econômicos, delineando direitos e restrições no atuar dos agentes, comportamentos em função de estímulos ou desincentivos e indicando possibilidades de consecução do bem-comum em termos de desenvolvimento econômico. Aliás, seu desenvolvimento está diretamente ligado à expansão da atividade intervencionista do Estado na economia, mormente, a partir dos anos trinta.

Reveste-se de especial atenção o fato de que esta Disciplina, ligada ao econômico, esteja, intimamente, relacionada com a ideologia constitucionalmente adotada, com a política econômica desenvolvida e com o sistema econômico propriamente adotado sendo, ainda, geralmente, fonte de teorias econômicas e de inspiração para o exercício de fato das atividades econômicas que refletem a atuação dos agentes no uso do poder econômico.

Salienta-se, ainda, que este ramo do Direito, especificamente delimitado pelo seu objeto difere da abordagem tratada pela *Law and Economics*; já que, esta, se preocupa com a análise microeconômica no sentido de verificar as conseqüências específicas, em termos de racionalidade econômica maximizadora de resultados, da aplicação da norma ao caso concreto; enquanto, aquele, está voltado à perspectiva macroeconômica no que diz respeito à ordenação político-ideológica da economia como um todo.

É de suma importância a verificação do Direito Econômico distinguindo-o dos demais ramos do Direito ao identificar-se-lhe sujeito, objeto e métodos próprios; ainda não confundindo-o com Direito da Economia que trata de *qualquer ramo do Direito observado sob o ponto de vista de ser portador de conteúdo econômico*¹⁹.

Verifiquem-se, a seguir, alguns aspectos principais delineadores do Direito Econômico como disciplina específica e distinta das demais incluídas no amplo espectro de campos jurídico-doutrinários.

económico" según ocurre en la legislación común. La regulación especial de los hechos sociales económico-jurídicos es la "legislación del derecho económico". Sus divisiones se amoldan a la partición corriente de la economía política. Hay, en consecuencia, un derecho de la producción, derecho de la distribución, derecho de la circulación y derecho del consumo. Ver in G. OLIVEIRA, Julio H. Derecho Económico : Conceptos y Problemas Fundamentales. 2. ed. Buenos Aires : Ediciones Macchi . 1981.p.9.

¹⁹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo : Saraiva. 1980.p. 70

3.3.1 CONCEITO DE DIREITO ECONÔMICO E GENERALIDADES

O Direito Econômico pode ser conceituado de diversas formas, consideradas que sejam as múltiplas Escolas de entendimento do econômico. Apresentam-se, aqui, algumas das mais difundidas na doutrina especializada. Assim, expressam os autores lusos Antonio C. Santos, Maria E. Gonçalves e Maria Leitão Marques ensinando que o Direito Econômico é *o ramo de direito que tem por objecto o conjunto de princípios e normas que regem a ordenação da actividade económica pelos poderes públicos e privados*.²⁰

Luís Cabral Moncada, chama a atenção para a vocação interdisciplinar do Direito Econômico optando por considerar seu objeto mais restritamente e delimitando-o conforme se vê:

Na nossa sociedade concreta, historicamente datada, se queremos dar alguma solidez e unidade ao direito económico, teremos na intervenção do Estado na vida económica a ideia fundamental.

O direito económico assim perspectivado, afirma-se fundamentalmente como o direito público que tem por objectivo o estudo das relações entre os entes públicos e os sujeitos privados, na perspectiva da intervenção do Estado na vida Económica.²¹

Já o ínclito mestre Geraldo de Camargo Vidigal conceitua-o expressando a problemática do objeto do Direito Econômico que abrange grande número de situações e compartimentações do Direito ligadas ao econômico. Afirma pois:

Direito Econômico como o conjunto das instituições e preceitos jurídicos que ordenam já a direção das atividades econômicas pelo Estado, já a intervenção estatal na economia, já o relacionamento entre os agentes dos mercados, quando se marca por um clima de dominação.

O Direito Econômico é a disciplina jurídica de atividades desenvolvidas nos mercados, visando a organizá-los sob a inspiração dominante do interesse social.

Seu objeto não exaure as relações de mercado, que, enquanto prevalentemente inspiradas nas soluções da autonomia da vontade, desenvolvem-se no plano do Direito Comercial.²²

Interessante é verificar o apanhado de conceitos e indispensável estudo detalhado das diversas correntes doutrinárias a respeito do Direito Econômico oferecido por Modesto Carvalhosa²³. O preclaro Mestre identificou a posição de mais de 70 juristas classificando-os em 10 Escolas básicas, desconsiderados os posicionamentos particularizados; a saber: 1. Escola dogmática integrativa publicista/privatista; 2. Escola integrativa publicista/privatista, indefinida quanto ao método; 3. Escola autonomista de Direito Público Econômico; 4. Escola

²⁰ SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Económico*. Coimbra : Livraria Almeida Coimbra . 1991. p.1

²¹ MONCADA, Luís S. Cabral de . *Direito Económico* . 2. ed. rev. e atual. Coimbra : Coimbra Editora. 1988.p.12.

²² VIDIGAL, Geraldo . *Teoria Geral do Direito Económico* . São Paulo : Revista dos Tribunais. 1977. p. 44.

²³ CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. *Direito Económico*. São Paulo : RT .1973. p. 171 e ss.

de Direito Público Econômico, não definida quanto ao método; 5. Escola de Direito Econômico da Empresa; 6. Escola do Direito Administrativo da Economia, não autonomista; 7. Escola, do Direito Internacional Econômico ou do Direito das Comunidades Econômicas; 8. Escola do Direito do Desenvolvimento; 9. Escola teleológica ou de Direito Econômico Aplicado; 10. Escola de aceitação genérica e indefinida.

No intuito de enriquecer esta pesquisa e inolvidando o exímio doutrinador Modesto Carvalhosa²⁴; segundo sua classificação proposta, seja apresentada uma abordagem panorâmica dos conceitos de Direito Econômico segundo alguns dos principais doutrinadores.

1. Escola dogmática integrativa publicista/privatista:

Washington P. A. de Souza: *O Direito Econômico é o ramo do Direito, composto por um conjunto de normas de conteúdo econômico e que tem por objeto regulamentar as medidas de política econômica referentes às relações e interesses individuais e coletivos, harmonizando-as - pelo princípio da "economicidade" - com a ideologia adotada na ordem jurídica*²⁵.

Enrico Allorio: *O Direito Econômico é o Direito da economia organizada - aspecto público - e o Direito da empresa - aspecto privado*²⁶.

Cesarino Júnior: *O Direito Econômico trata do complexo de normas e leis imperativas que regulamenta a agricultura, o comércio e a indústria, tendo em vista harmonizar as suas atividades e subordiná-las ao bem comum, protegendo o economicamente mais fraco contra o economicamente mais forte*²⁷.

2. Escola integrativa publicista/privatista, indefinida quanto ao método;

Hamel e Lagarde defendem posição intermédia do Direito Econômico entre o ramo do Direito Público e o do Direito Privado, tendo por objetivo *reger a vida econômica e, notadamente, a produção e a circulação das riquezas*²⁸.

Para Mossa, o Direito Econômico é todo o *Direito Público e Privado, de ordem individual ou coletiva, com sanção de toda natureza, inclusive penal, no qual a economia individual ou geral - até mesmo a noção de um patrimônio nacional ou da nacionalidade - é aí compreendida*²⁹.

²⁴ Op. cit. p. 171 e ss.

²⁵ SOUZA, Washington Peluso Albino de, . *Direito Econômico*. 1980. Op. cit. p.3.

²⁶ Apud CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. *Direito Econômico*. Op. cit. p. 177.

²⁷ Apud Op. cit. p. 178.

²⁸ Apud Op. cit. p. 189.

Radbruch entende o Direito Econômico como ³⁰ *o direito da economia organizada. (...) diferencia-se do Direito Público, na medida em que trata de matérias referentes ao empresário, fator produtivo, trabalho e gestão. Diferencia-se, por outro lado, do Direito Privado, na medida em que a sua decisiva acentuação não se encontra no capítulo dos direitos subjetivos, mas sobre a função sócio-econômica da produção.*

3. Escola autonomista de Direito Público Econômico:

Bernard Chenot, um clássico do Direito Econômico, considera-o inserido no ramo do Direito Público dedicado à *delimitação das política econômicas* e, mais especificamente, à *intervenção do Poder na vida econômica*³¹.

Allorio Haemmerle afirma que Direito Econômico trata da *economia estatalmente organizada*³².

4. Escola de Direito Público Econômico, não definida quanto ao método;

Heymann teria sido o primeiro jurista a tratar do Direito Econômico como disciplina em 1908. Definiu-o como *conjunto de regras jurídicas através das quais o Estado utiliza a economia nacional, objetivando assegurar seus fins políticos e militares*³³.

Júlio H.G. Oliveira, por sua vez, destaca a necessidade de serem levados em conta aspectos como: marco institucional, objeto, sujeito e sentido para uma cabal determinação do conceito de Direito Econômico. Afirma, pois, que se trata de um *sistema de normas jurídicas que, em um regime de economia dirigida (marco institucional), regulam as atividades de mercado (objeto) das empresas e outros agentes econômicos (sujeito) para realizar metas e objetivos de política econômica (sentido) (em espanhol no original)*³⁴.

5. Escola de Direito Econômico da Empresa ou do Direito Comercial Econômico:

Casanova segue os trabalhos de seu mestre Mossa, identificando a empresa como objeto do Direito Econômico, assim como, essa é a orientação do comercialista Montanelli³⁵.

Para Champaud, Direito Econômico é o *direito do desenvolvimento e da organização da economia industrial* - sistema de produção e distribuição em massa³⁶.

²⁹ *Apud Op. cit.* p. 194.

³⁰ *Apud Op. cit.* p. 195.

³¹ Ver CHENOT, Bernard. *Droit Public Économique, Inst. d'Études Politiques*. 1957/58.

³² *Apud* CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. *Direito Econômico. Op. cit.* p. 215.

³³ *Apud Op. cit.* p. 219.

³⁴ G. OLIVEIRA, Julio H. *Derecho Económico. Op. cit.* p. 24.

³⁵ *Apud* CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. *Direito Econômico. Op. cit.* p. 223.

³⁶ *Apud Op. cit.* p. 224.

6. Escola do Direito Administrativo da Economia, não autonomista;

Giorgio Cansacchi: tem concepção voltada a inserção do Direito Econômico no campo do Direito Administrativo conceituando-o como *aquela parte do Direito Administrativo concernente ao campo econômico*³⁷.

Já, Huber trata o *Direito Administrativo da Economia como o conjunto das estruturas e das medidas jurídicas com as quais, servindo-se de meios administrativos, a Administração Pública influi no ordenamento da economia privada*³⁸.

7. Escola, do Direito Internacional Econômico ou do Direito das Comunidades Econômicas;

Para Cartou, Direito Econômico é o Direito que organiza o espaço econômico interno desejado pelos Tratados³⁹.

8. Escola do Direito do Desenvolvimento;

Granger, verificando diferenças entre o Direito Econômico, nos países desenvolvidos, e o Direito do Desenvolvimento, nos países subdesenvolvidos, atribui, ao primeiro, funções menos transformativas do que ao segundo em que o Estado deve fazer *evoluir a mentalidade social*. Direito do Desenvolvimento passa a ser, então, o *direito da organização do Estado, enquanto promotor do desenvolvimento*⁴⁰.

9. Escola teleológica ou de Direito Econômico Aplicado;

Fábio K. Comparato entende o Direito Econômico é *a disciplina normativa da ação estatal sobre as estruturas do sistema econômico ou, ainda, o conjunto de técnicas para a realização da política econômica, coordenadas, freqüentemente, num quadro geral que exprime o conjunto da política econômica, que é o plano*⁴¹.

Hedemann também ensina a respeito. Para o autor, o Direito Econômico não se trata de novo ramo do Direito substitutivo dos demais, mas, simplesmente, engloba uma *moldura* para esses vários ramos. O Direito Econômico, pois, *permeia o espírito da economia*⁴².

A. Jacquemin entende que o Direito Econômico trata de uma nova ótica face às matérias jurídicas tradicionais. Assim, refere a uma *maneira de visualização do Direito*, uma forma de

³⁷ *Apud Op. cit.* p. 240.

³⁸ *Apud Op. cit.* p. 242.

³⁹ *Apud Op. cit.* p. 243.

⁴⁰ *Apud Op. cit.* p. 245.

⁴¹ COMPARATO, Fábio K. *O Indispensável Direito Econômico* in São Paulo : RT, v. 353/14 e ss. 1965.

⁴² *Apud* CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. *Direito Econômico. Op. cit.* p. 263.

qualificação particular de todo o Direito. Em sua análise, releva a opinião dos economistas para o encontro das respostas jurídicas às necessidades da ordem econômica⁴³.

10. Escola de aceitação genérica e indefinida.

Carnelutti vê o Direito Econômico enquanto, todo Direito que seja moderador do egoísmo humano.⁴⁴

Especificamente, Modesto Carvalhosa define o Direito Econômico com base nos dois elementos constitutivos de seu conceito central no plano dogmático - dirigismo racional e conflito de interesses, como segue:

o conjunto de normas que, com um conteúdo de economicidade, vincula as entidades econômicas, privadas e públicas, aos fins constitucionais cometidos à ordem econômica, conciliando, ademais, os conflitos de interesses entre esses fins e os objetivos próprios e naturais das entidades econômicas privadas na condução das suas disponibilidades de dispêndio, investimentos e empreendimentos, objetivos estes assegurados pelo princípio constitucional da livre iniciativa⁴⁵.

Assim, fica evidente, segundo se pode apreciar do exposto, que o Direito Econômico se caracteriza como disciplina específica, interdisciplinar, preocupada com a delimitação e determinação jurídica do atuar dos diversos agentes econômicos com objetivo de possibilitar o desenvolvimento das atividades econômicas, dentro da perspectiva ideológico-político-econômica adotada pelo Ordenamento Magno do País.

É necessário, então, a elaboração de uma Teoria Geral de Direito Econômico vinculada com a realidade econômica de forma a estipular os princípios normativos de caráter econômico que devem ser balizadores da política econômica dirigente ou indicativa da ação dos agentes econômicos em conformidade com a ideologia adotada constitucionalmente. Nesta Teoria Geral do Direito Econômico podem ser discutidos pontos importantes relacionados com o uso e abuso do poder econômico público e privado, ordem econômica, sujeito e objeto, metodologia, institutos e diversos outros aspectos que elucidam e fazem perceber a especificidade do assunto.

⁴³ *Apud Op. cit.* p. 266-67.

⁴⁴ *Apud Op. cit.* p. 276.

⁴⁵ *Op. cit.* p. 361.

3.3.2 METODOLOGIA DO DIREITO ECONÔMICO

Na apreciação de todo o tipo de conhecimento, a instrumentalização do observador é deveras importante para, efetivamente, ser alcançado o resultado desejado. Desta forma, no que concerne ao conhecimento jurídico-econômico voltado ao entendimento do fenômeno social de caráter econômico, é apreciado, este, através do ramo jurídico denominado Direito Econômico a ser abordado segundo as técnicas metodológicas disponíveis tanto no Direito como na própria Economia de forma interdisciplinar. Possível, então, é a utilização dos métodos jurídicos tradicionais como o exegetico, sistemático e o analítico além das possibilidades interpretativas vistas, neste trabalho, em relação ao campo do Direito Constitucional⁴⁶. Ainda, no intuito de aproximar a verdade jurídico-formal da realidade sócio-econômica, são apreciáveis as máximas metodológicas da Ciência Econômica tais como a dedução, a estatística, a econometria e, conforme ensinado pela LaE, a própria Teoria Econômica como instrumental interpretativo-metodológico próprio para o desvendar da norma.

O Professor Washington P. A. de Souza, ao referir à análise como método comum ao Direito e à Economia, fala de um *Método Analítico Substancial* caracterizado por *partir da observação para a explicação do fato econômico, utilizando-se dos métodos da Ciência Econômica e elaborar as hipóteses jurídicas relativas ao fato observado, utilizando-se dos métodos do Direito*⁴⁷.

Desta forma, da interação das duas disciplinas, a Jurídica e a Econômica, surge a possibilidade de conhecimento das estruturas jurídicas formais e substanciais; ou seja, a norma e seu conteúdo, mediante o delineamento de um Direito Econômico capaz de dar *concretude* às políticas econômicas ideologizadas, constitucionalmente, através de normas programáticas, bem como, por meio das normas ordinárias que tenham vistas ao planejamento econômico, à previsão e à prospecção. Ainda, segundo Washington P. A. de Souza, o dito *Método Analítico Substancial* composto pelos métodos da Economia e do Direito é (...) *capaz de permitir a penetração da realidade econômica para traduzir, em instrumentos jurídicos, as medidas de Política Econômica correspondentes à 'ideologia adotada' deverá aprofundar-se na substância do fato econômico para, corretamente, ajustar-lhe os dados ao interesse social e*

⁴⁶ Ver Capítulo IV deste trabalho.

⁴⁷ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. Op. cit. p. 61.

*conseguir o acoplamento de ambos*⁴⁸.

Como métodos tradicionais de obtenção do conhecimento econômico por parte do sujeito cognoscente são exeqüíveis o método dedutivo, o indutivo e o misto.

Pela dedução, se parte de axiomas gerais para a explicação de particularismos; enquanto, para o método indutivo, preliminarmente, são verificadas, as observações particulares dos fenômenos para, posteriormente, ocorrer a consecução de princípios gerais e, por fim, o método misto refere à simbiose entre os dois primeiros.

Ainda pode ser sistematizado o conhecimento econômico por meio de técnicas metodológicas diversas oriundas de outros campos do conhecimento tais como a contabilidade, a história e a econometria.

No que diz respeito ao conhecimento jurídico, novamente são verificados métodos dedutivistas - de cunho jusnaturalista -, indutivistas - conformes à Teoria Científica do Direito e mistos.

É interessante frisar que o autor pátrio Washington P. A. de Souza percebe a importância da LaE na interpretação jurídico-econômica do fenômeno econômico-social ensinando:

A Ciência Econômica fornecerá, pois, o conteúdo da norma jurídica porque são suas as leis de verificação do fato que o Direito vai limitar em termos da ação humana que o produzirá ou a reação que o próprio fato deve provocar. (...) Permitirá que se trabalhem os elementos do conhecimento econômico, as leis da Ciência Econômica, os atos e os fatos econômicos nas suas relações e nas suas implicações com o Direito. O principal objetivo, em decorrência, seria fornecer ao legislador e ao juiz a visão científico-econômica correta do fato ou da ação posta sob sua análise. E o cientista do Direito encontra neste tipo de estudo aqueles elementos de racionalidade que a simples observação dos costumes ou da realidade social atual não lhe permite concluir com a segurança de informações desejável.

Do mesmo modo, o exegeta recorrerá a tais ensinamentos para interpretar o verdadeiro sentido do texto legal sobre elementos cientificamente obtidos. O analista terá instrumentos para o seu comentário, que o libertam do perigo das apreciações pessoais. E o sintetizador poderá concentrar nas sumas que oferece, o verdadeiro espírito do fato que o direito procura exprimir.⁴⁹

Quanto à metodologia de apresentação do conhecimento em Direito Econômico, diversas são as tentativas de abordagem do econômico pelo Direito desde a ampla visão de um Direito Econômico permeado entre os dois grandes planos do Direito - Público e Privado, perpassando escolas administrativo-economicistas até à concepção de um ramo específico, com sujeito, objeto e metodologia próprios distintos dos demais ramos do Direito.

A doutrina ora trata do jurídico-econômico de forma a sistematizá-lo segundo aspecto institucional macro e micro-jurídico ou setorial⁵⁰, ora segundo a fenomenologia econômica -

⁴⁸ *Op. cit.* p. 62

⁴⁹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico e Economia Política. Op. cit.* p. 31.

⁵⁰ É o caso, por exemplo, da sistematização do Direito Econômico sugerida pelo jurista Húngaro Esteban Cottely que apresenta duas propostas: a sistematização institucional e a sistematização setorial do Direito econômico.

No que concerne à sistematização institucional, o conhecimento jurídico-econômico é subdividido em três partes a saber: Trabalho (vínculos laborais), Vínculos Reais e Vínculos Pessoais; analisados, ainda, sob a ótica macro e microjurídica.

Direito Econômico da Produção, da Repartição, da Circulação e do Consumo; ou, ainda, conforme seja regulamentar ou institucional⁵¹, além de outras possibilidades voltadas à realidade econômica⁵².

Washington P.A. de Souza atentando para uma visão eclética que atribui ao Direito Econômico tanto características que o lançam no campo do Direito público como no do Direito Privado, prefere o tratamento de seus elementos segundo a realidade econômica. Assim, define como teses básicas desse ramo do Direito o *tratamento do poder econômico público e privado, a ordem jurídico-econômica, sujeito e objeto do Direito Econômico, Institutos de Direito Econômico, direito dos fatos econômicos básicos (produção, circulação, repartição e consumo), Direito Econômico do Planejamento, Direito Econômico do Desenvolvimento, Direito Econômico das Relações Internacionais*⁵³.

De qualquer modo, a estruturação do Direito Econômico representa um evoluir histórico do conhecimento jurídico-econômico que delineou os seus institutos básicos. Importante lembrar de alguns aspectos histórico-informativos a respeito da consagração da disciplina de forma específica.

3.3.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO ECONÔMICO

O Direito, normatizado como expressão de certeza jurídica e garantia de direitos conquistados e reconhecidos, trata de ideário coletivo que determina o proceder dos indivíduos permitindo o convívio social. Da interminável disputa entre liberais e socialistas; nobres, burgueses e camponeses, classes, países e agentes desenvolvidos economicamente e não-privilegiados e, enfim, da eterna busca, pelo homem, de uma posição social mais *justa*, equânime e segura, foi desenvolvida a ideologia jurídica que, em especial, consagrou, como

Já, em relação à sistematização setorial, Cottely propõe estudo dos modelos econômicos setoriais e das estruturas jurídicas setoriais. Por fim, propõe a interação dos dois sistemas para uma análise completa do Direito Econômico. Ver in COTTELY, Esteban. *Teoría del Derecho Económico*. Buenos Aires: Frigerio Artes Gráficas, 1971. p. 137-156.

⁵¹ Bernard Chenot propõe a divisão do direito Público Econômico em Institucional, em que o Estado desempenha diretamente a atividade econômica; e Regulamentar, em que o Estado atua exclusivamente normatizando. Ver in CHENOT, Bernard. *Droit Public Economique*. Paris: Les Cours de Droit. 1965.

No Brasil, Alberto Venâncio Filho, segue esta última orientação em sua obra *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil*. Ver in VENANCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*. Op. cit.

⁵² Diferentemente do entendimento de Washington P. A. de Souza, José W. N. de Queiroz subdivide o Direito Público Econômico em Direito Constitucional Econômico, Direito Administrativo Econômico, Direito Internacional Econômico, Direito Penal Econômico e Direito Econômico Monetário, além de tratar do Direito Privado Econômico. Ver in QUEIROZ, José Wilson Nogueira de. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 51 e ss.

⁵³ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico e Economia Política*. Op. cit. p. 106.

inexpugnáveis, certos direitos, de forma a substituir o conflito privado pelo exercício racional-formal do poder pelo Estado.

No final do século passado e na primeira metade deste, diversos ordenamentos asseguraram práticas econômicas bem como direitos ligados à defesa dos interesses sociais. As Constituições que, até então, se preocupavam em assegurar direitos inerentes à liberdade, à vida, ao ir e vir, dentre outros da mais alta conta, passaram a tratar, também, de assuntos inerentes ao domínio econômico delimitando o uso do Poder Econômico.

Tem-se notícia de que as primeiras Constituições a tratar do assunto foram: a do México de 1917 e a de Weimar em 1919, além da Declaração dos direitos do povo trabalhador e explorado da Rússia de 1918⁵⁴.

Academicamente, entretanto, a disciplina jurídica denominada Direito Econômico é considerada, hoje, como específico ramo jurídico inserido em um contexto interdisciplinar estruturador e regulamentador da fenomenologia social.

3.3.3.1 OS PRECURSORES TEÓRICOS

No que concerne à doutrina, podem ser destacadas, como pioneiras, as obras de Heymann, em 1908, denominadas *Arbeiten Zum Handels Gewerbes - un landwirtschaftsrecht*, - Trabalhos sobre Direito Comercial, Direito da Empresa e Direito Agrário - e de Justus Wilhelm Hedemann, em 1918, com a criação, na Universidade de Iena, do *Institut für Wirstchaftsrecht - Instituto de Direito Econômico*; das publicações das *Mitteilungen des Jenaer Institut für Wirstchaftsrecht* - Comunicações do Instituto de Direito Econômico de Iena - e dos *Schiriften des Institut für Wirstchaftsrecht* - Escritos do Instituto de Direito Econômico.

Em 1923 Hans Goldschmidt publicou compendio didático denominado *Reichswirtschaftsrecht* - Direito Econômico do Império e, posteriormente, outros autores como Geiler, Hausmann, Rumpf, Arndt, Bauer, Thal, Reichardt, Darmstädter e klausing discutiram, em seus trabalhos, o assunto. Destas primeiras contribuições teóricas surgiram estudos outros, principalmente na Alemanha; inicialmente, associando o Direito Econômico ao esforço de guerra, e, posteriormente, assumindo posicionamentos variados conformes às

⁵⁴ Ver tópico 3.6.3 deste Capítulo.

diversas escolas de Direito Econômico⁵⁵. Hedemann, por exemplo, acreditava, nos primórdios do Direito Econômico, que, este, devia ser visto como novo método realista de analisar o fenômeno sócio-jurídico-econômico como um todo; ou ainda, que o Direito Econômico tratava de um quadro ou moldura geral dos diversos ramos do Direito.

Parece, pois, que a doutrina sobre o Direito Econômico, em sua origem histórica, conta com inestimável contribuição dos pensadores alemães que, no início do século, se depararam com perturbações político-econômicas de grande monta em seu País; levando-os a idealizar sobre o comportamento econômico dos agentes de forma a serem delineadas políticas econômicas distintas do *laissez faire* para o Império Alemão.

3.3.3.2 ORIGENS HISTÓRICAS DO DIREITO ECONÔMICO

Esgotado o paradigma jurídico-político liberal-individualista revolucionário⁵⁶ conforme ao modelo jusnaturalista de Locke⁵⁷ e Hobbes,⁵⁸ disseminado no Constitucionalismo do séc. XVIII até meados do séc. XX, delimitador de um Estado politicamente organizado e respeitador das liberdades e garantias individuais, ainda conforme aos ditames da divisão dos poderes, sistema de freios e contrapesos e outras garantias impeditivas da espoliação do cidadão e de sua liberdade no contexto social; surgiu a necessidade de um novo condicionamento jurídico-formal voltado aos aspectos economicistas do *homo oeconomicus* protegendo, sim, suas liberdades econômicas mas, também, segundo as exigências de um contexto inerente ao social.

Já, no início do século, pareceu notório que as disposições normativas napoleônicas de cunho individualista, e mesmo as estruturadas sob a ação judicativa - *Jurisprudence*, não se apresentavam próprias ante à complexidade dos fenômenos sócio-econômicos verificados em mercado. Os ramos tradicionais do Direito não contemplavam uma cabal apreciação jurídica das relações e fatos que urgiam de soluções e métodos voltados a uma interação entre a Economia e o Direito. Em especial, no desenvolver do capitalismo como sistema econômico

⁵⁵ Para maiores informações sobre as diversas idéias e pensadores do Direito Econômico, além do apresentado no item 3.3.1 desta pesquisa, ver CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. *Direito Econômico*. Op. cit. pp. 171 e ss.

⁵⁶ Como causas econômicas de superação dos princípios liberais podem ser enunciadas: a acumulação do capital industrial, o avanço tecnológico e a concentração econômica impeditiva de uma livre concorrência de mercado.

⁵⁷ LOCKE, John. *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Buenos Aires : Aguillar. trad. de Ruis Rodrigues Aranda. 1960.

⁵⁸ HOBBS, Op. cit.

estruturado em economia de mercado de livre concorrência se tornou imprescindível, além da tradicional ordenação jurídica garantidora da segurança e certeza tão necessárias aos propósitos expansionistas do capital, um específico ramo jurídico voltado à regulatividade dos mercados e da ação dos agentes privados e Estatais. Mormente, depois da Primeira Grande Guerra, se verificou intenso movimento para a consolidação do Direito Econômico, inicialmente, considerado Direito de Guerra em virtude de uma racionalização na produção, distribuição, circulação e consumo dos escassos recursos de forma coativa e coordenada. A economia de reconstrução do entre-guerras levou os diversos países vencedores, no tratado de Versalhes, a instituírem medidas de caráter econômico fortalecedoras da ação estatal, porém de cunho neo-liberal divergentes à ação estatizante e totalizadora de países como a Rússia, a Itália e a própria Alemanha; fato que levou a um segundo conflito mundial.

A Ciência Econômica, então, passou a oferecer, para o discurso jurídico, um instrumental metodológico delimitador e orientador das políticas econômicas através do emprego de seus métodos de forma a elucidar a realidade social enquanto que, ao Direito, ainda coube a tarefa de estipular o *justo social*; ambos, voltados à consecução das políticas Estatais. Tratou-se, pois, definitivamente, de um abandonar do *laissez faire* em função do chamado *Welfare State* de forma a, através da intervenção do Estado, organizar a economia e intentar uma programação para a ação econômica de resultados. O Direito, de controlador social, passou, então, a verdadeiro estimulador e indicador da atividade econômica através de normas quadro, programáticas, indicativas e delimitadoras dos objetivos desenvolvimentistas nacionais sendo superado o modelo jurídico clássico, que, embora não abandonado, resultou mais moderno e aperfeiçoado para as novas realidades.

O Estado adquiriu papel predominante e ativo no que diz respeito à economia e seu direcionamento racional assim como em relação ao próprio atuar deste como agente econômico e regulador/indicador das atividades dos particulares - era a institucionalização do intervencionismo estatal. Já não havia mais espaço para um agir econômico-libertário exclusivo aos moldes da *mão invisível* de Adam Smith e, sim, necessidade de uma doutrina econômica que, garantindo o liberalismo do próprio Smith, de J.Locke e de D. Hume, estimulasse uma justaposição do *Justo* inerente ao Direito e do *útil* próprio da concepção economicista de J. Bentham e de J. S. Mill voltadas à satisfação de interesses e preferências.

O Direito de Propriedades e o Direito Contratual assumem papel preponderantes na consecução da nova sistemática de livre mercado proporcionando a expansão industrial

embasada nas premissas do pleno emprego até à verificação do colapso econômico da década de trinta em que se detectou a impossibilidade de um atuar constante em economia de pleno emprego. Como quadro teórico institucionalizador de reformas jurídico-econômicas, surgiram as teorias subjetivas do valor na segunda metade do séc. XIX delineando a atividade econômica como possível em uma economia de mercado que funcionasse não, totalmente, em pleno emprego, além de, verificando a fragilidade de setores produtivos e a necessidade de um planejar, por parte do Estado, dos objetivos e dos fomentos para o desenvolvimento econômico-social.

3.3.4 O SUJEITO DO DIREITO ECONÔMICO

Em uma visão conforme ao Direito Público Econômico não definida quanto ao método com ênfase à atividade empresarial, Julio H.G. Oliveira ensina que o sujeito de direito, no caso do Direito Econômico, é o *próprio agente de mercado* ou *partícipe em operações de mercado; ocasional ou profissional, organizado ou não*. (em espanhol no original). Portanto, não é específica e determinada a participação de um agente como sujeito da relação jurídica abrangida pelo Direito Econômico; sendo, que, em verdade, as circunstâncias objetivas é que o determinam.

De outra forma, lembrando que, para a identificação do sujeito de Direito devem ser levados em conta aspectos diversos, dentre os quais, os relativos à orientação doutrinária que caracteriza este ramo do Direito - Econômico, o professor Washington A. P. de Souza ensina que, se possível é adotar posicionamento conforme Hüg identificando tal sujeito como a empresa, também o é, considerado, o Direito Econômico, como o Direito da Intervenção do Estado no Domínio Econômico, associá-lo ao próprio Estado quer atuando diretamente na economia, quer regulamentando-a⁵⁹.

Têm-se, então, como sujeitos do Direito Econômico, os diversos agentes econômicos a saber, de ordem privada e de ordem pública. Assim, podem intervir como sujeitos ativo ou passivo na relação jurídico-econômica, as pessoas físicas ou jurídicas de Direito Privado e o próprio Estado.

⁵⁹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. Op. cit. p. 261.

3.3.4.1 DO ESTADO COMO SUJEITO DE DIREITO ECONÔMICO

Elemento de organização social de suma importância é o Estado como unidade aglutinadora de elementos políticos, territoriais e de um povo; instituído e organizado sócio-político-economicamente para assegurar condições de garantia para o exercício das atividades de seus cidadãos e suas liberdades, promovendo e garantindo, ainda, o bem-estar social e o desenvolvimento conformes ao Direito - Estado de Direito.

Diversas são as possibilidades doutrinárias para a verificação do conceito de Estado, destacando ora seu caráter político-ordenatório da sociedade segundo ângulo sociológico, ora jurídico, ora filosófico, etc.

A propósito, filosoficamente, Hegel apologiza o Estado como instituição mais alta submetida ao absoluto; enquanto, dentro da idéia positivista kelseniana, o Estado é analisado ora como entidade sociológica - *Estado como realidade social* - unidade sociológica oriunda da *interação dos indivíduos*, de seus *interesses comuns*, ora de uma visão, sob a qual, se trata de um *organismo natural* ou, ainda, sob a ética da *dominação* em que o Estado reflete o governo de alguns sobre outros em verdadeira relação de mando -; ora como entidade jurídica - *como fenômeno jurídico, como uma pessoa jurídica, ou seja, como uma corporação constituída com específica ordem jurídica* em uma relação estreita entre a norma criadora e criada em função de um Estado subjacente a essa própria norma⁶⁰.

Segundo Max Weber o *Estado racional* moderno se apresenta como *associação de domínio institucional* que exerce o *monopólio do poder legítimo*⁶¹.

Em relação ao Estado, como sujeito de Direito na relação de Direito Econômico, deve ser observado que muito marcante é sua intervenção no domínio econômico, seja como agente econômico propriamente dito, seja no campo da planificação e programação da economia - Estado Regulador e Dirigente.

Como empresário, o Estado pode atuar através de figuras legais tais como sociedades de economia mista⁶² e empresas públicas⁶³ de forma a suplementar a atividade econômica nos

⁶⁰ KELSEN, Hans . *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Op. cit. pp. 183 e ss.

⁶¹ WEBER, Max . *Economia e Societá*. Op. cit. pp. 1056 -1059.

⁶² No caso Brasileiro, segundo o Decreto-lei 200/67, art. 5, III - Sociedade de Economia Mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.

⁶³ No caso Brasileiro, segundo o Decreto-lei 200/67, art. 5, II - Empresa Pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

setores consagrados, pela maioria das legislações, que necessitem de grandes investimentos de capital, voltados às necessidades sociais ou à prestação de serviços públicos considerados essenciais ou à atuação exclusivamente dedicada ao próprio Estado ou seus representantes - concessionários ou cessionários de serviço público.

Como programador da economia, deve, o Estado, zelar pelo bem-estar social em busca dos ideais desenvolvimentistas que minimizem os custos sociais. Hoje, a bem da verdade, se observa uma revitalização das tendências neoliberais, mas, que, certamente, não mais poderá levar à desvinculação, por parte do Estado, de uma política social protetora dos indivíduos e das coletividades no desenrolar do processo econômico.

De importante relevância é detectar, na estruturação do Estado como agente jurídico-econômico, a sua concepção ideológica adotada em termos constitucionais. Decorrente da estruturação dos princípios constitucionais ideológicos de caráter econômico são as normas de Direito Econômico a serem balizadoras do sistema adotado: capitalista, socialista, comunista; ou algum outro possivelmente intermédio a estes⁶⁴. Consequência da ideologia adotada é a política econômica a ser perseguida, conformando metas e delimitando meios adequados para consecução de um bem-estar geral que pode ser alcançado em função da maior ou menor liberdade a ser propiciada aos agentes econômicos no seu atuar conforme sistema liberalizante, intervencionista ou totalizante.

3.3.4.2 DA EMPRESA PRIVADA COMO SUJEITO DE DIREITO ECONÔMICO

Quanto às pessoas jurídicas de direito derivado, devem ser lembradas as teorias que justificam a empresa, seja quanto ao seu caráter econômico ou quanto ao seu caráter jurídico, destacando sua importância no processo econômico. Conforme elucidado anteriormente, não, raras vezes, os doutrinadores equipararam o Direito Econômico apenas e tão somente ao Direito da Empresa⁶⁵.

Como sujeito de Direito Econômico, a empresa pode ser analisada em suas concepções

⁶⁴ Pode ser levantada a hipótese de que o sistema econômico ideologizado, constitucionalmente, não reflita a real fenomenologia econômica; ou seja, que, em realidade, o meio socio-econômico não esteja, fielmente, refletido pela ordenação jurídica. Esta é uma questão filosófica inexpugnável, visto que, sempre haverá posicionamentos distintos entre deterministas marxistas e stammleristas defensores da relação simbiótica fato-norma de maneira a priorizar esta última. Acredita-se, que, fugindo aos extremos, a interdisciplinariedade e a visão integrativa entre o existente, substancialmente, e o construído, idealmente, traduzem posição de equilíbrio na análise.

⁶⁵ Lembre-se, aqui, de Hüg, Király, Kaskel e Lehmann dentre outros.

econômica e jurídica. Economicamente, empresa é o *locus* da organização da produção conforme Marshall⁶⁶; ou seja, trata da reunião dos fatores de produção - natureza, capital e trabalho - sob a capacidade organizativa e dirigente do empresário para a consecução de um específico fenômeno da economia: a produção que será vendida por determinado preço, incluindo margem de lucro, no lugar institucional da economia capitalista: o mercado⁶⁷.

Juridicamente, são elaboradas distintas concepções a partir de não menos diversas teorizações sobre a empresa que, conforme visto, economicamente, pode ser vista como estrutura organizativa da produção. A empresa, de forma geral, é vista como pessoa jurídica de direito privado independente da figura de seus instituidores - sociedade de pessoas ou de capitais - com patrimônio próprio, incluindo o chamado fundo do comércio, sendo, ainda, obrigacionada por legislações trabalhistas, fiscais administrativistas, penais, comerciais, etc., assim como, protegida por dispositivos jurídicos próprios aos mesmos campos jurídico-legais.

Para o Direito Econômico, a empresa, seja estatal ou particular, é elemento de vital importância na consecução das políticas econômico-governamentais. Especificamente, no caso da empresa privada, ora podem ser adotados critérios subjetivistas, para os quais a empresa e o empresário têm a mesma identidade; ora funcionais ou dinâmicos, em que é vista como empreendimento; ora patrimoniais ou objetivistas ou ainda corporativistas, onde é tratada como instituição; conforme ensina Asquini⁶⁸.

Washington P. A. de Souza conclui, que, em termos de Direito Privado, os doutrinadores experimentam, ora conceituações conformes ao objeto, ora conformes ao sujeito de Direito para delimitar, juridicamente, empresa, ainda afirmando:

Em Direito Comercial, onde obviamente os debates tomaram maior expressão, se considerada como objeto, confunde-se com atividade e se manifesta como ato de comércio. Por outro lado, se for considerada como sujeito, assume as formas jurídicas da pessoa. Quando pessoa natural, empresário e empresa são tomados como uma e mesma entidade, tal como acontece no tratamento que lhe é dado também na Consolidação das Leis do Trabalho, no Brasil,...). Quando pessoa jurídica, sob a forma de sociedade, passa pelos atos constitutivos exigidos em lei para a sua criação. Uma vez constituída, confunde-se com a sociedade mercantil.⁶⁹

No caso Brasileiro, portanto, algumas possibilidades distintas sobre a empresa e seu

⁶⁶ MARSHALL, Alfred. *Principles of Economics*. Op. cit. pp. 135 e ss.

⁶⁷ Obviamente a produção, como fenômeno econômico, não é fruto apenas da empresa. O Estado também pode produzir, como, também os indivíduos e tipos, outros, associativos, corporativos, etc. Ressalte-se, porém, que o ângulo tomado, na presente exposição, está voltado à organização econômica capitalista priorizadora da livre concorrência, da atividade empresarial e das trocas em mercado.

Em um sistema coletivizante, entretanto, a organização produtiva pode ocorrer em estruturas específicas distintas. Lembre-se, também, que, até mesmo, em países capitalistas os tipos organizativos de produção podem assumir, diferentemente da forma empresarial, a forma cooperativa.

⁶⁸ Apud SOUZA, Washington Peluso Albino de, *Direito Econômico*. Op. cit. p. 307.

⁶⁹ Op. cit. p. 308.

conceito podem ser verificadas. Na Consolidação das Leis Trabalhistas, Decreto-lei 4.452⁷⁰ de 01-05-43, por exemplo, identifica-se empresa com empregador: art. 2º *Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços;*

Tomando a empresa como objeto do Direito, verifica-se o art. 2º da Lei 6.404⁷¹ de 15-12-76, que expressa: *Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e as bons costumes.*

No que diz respeito aos tipos de empresas possíveis, para o Direito Brasileiro o Código Comercial Brasileiro, Lei nº 556⁷² de 25-06-1850, apresenta estruturas definidas como sociedades anônimas, sociedades em comandita simples, sociedades em comandita por ações, sociedades em nome coletivo, sociedades de capital e indústria, sociedades em conta de participação, ainda sendo necessário lembrar das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, conformes ao Decreto nº 3.708⁷³ de 10-01-19; sociedades de crédito imobiliário - Leis nº 4.380⁷⁴ de 21-08-64 e 4.728⁷⁵ de 14-07-65 -; sociedades de crédito, financiamento e investimento -, Leis nº 4.595⁷⁶ de 31-12-64 e 4.728 de 14-07-65; sociedades cooperativas - Lei 5.764⁷⁷ de 16-12-71 e sociedades de capitalização - Decreto - lei nº 261⁷⁸ de 28-02-67.

Especificamente, a empresa está inserida no contexto sócio-jurídico-econômico, qualquer que seja, como mola propulsora da atividade voltada para objetivos desenvolvimentistas que levem à satisfação dos interesses dos indivíduos segundo *linha de maior vantagem*, entretanto, sem descurar sua *função social* como *conditio sine qua nom* em tempos de globalização. Hodiernamente, as empresas atingem patamares grandiosos em termos de porte e *modus atuandi* de forma a horizontalizarem e verticalizarem suas atividades em grandes empreendimentos que, antes mesmo de serem nacionalmente delimitados, são expandidos

⁷⁰ BRASIL. Decreto - Lei 4.452, de 01 de maio de 1943 - Dispõe sobre a Consolidação das Leis Trabalhistas.

⁷¹ Brasil. Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976 - Dispõe sobre as sociedades por ações.

⁷² Brasil Lei 556, de 25 de junho de 1850 - Código Comercial Brasileiro.

⁷³ Brasil Decreto 3.708, de 10 de janeiro de 1919 - Regula a constituição de sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

⁷⁴ Brasil Lei 4.380, de 21 de agosto de 1964 - Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para a aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional de Habitação (BNH), e sociedades de crédito imobiliário, as letras imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências.

⁷⁵ Brasil Lei 4.728, de 14 de julho de 1965 - Dispõe sobre o Mercado de Capitais

⁷⁶ Brasil Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964 - Dispõe sobre o Sistema Monetário Nacional.

⁷⁷ Brasil Lei 5.764, de 16 de dezembro de 1971 - Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências.

⁷⁸ Brasil Decreto - lei 261, de 28 de fevereiro de 1967 - Dispõe sobre as sociedades de capitalização e dá outras providências.

como multinacionais ou transnacionais. Os mega-investimentos capitalistas em função de grandes empresas fazem refletir o que pode ser chamado de *empresa-feudo* onde, superada a fase de estruturação da vida humana em torno da célula *matter* família⁷⁹, agora, é estruturado, o viver social, conforme às perspectivas da instituição empresarial atuante paralelamente ao exercício do poder estatal.

3.3.5 O OBJETO DO DIREITO ECONÔMICO E SEU CONTEÚDO

Interessante observar o posicionamento do professor Washington A. P. de Souza quanto ao objeto do Direito Econômico:

Temos, deste modo, “a ideologia constitucionalmente adotada” para a vida econômica, como base da política econômica que a concretize por instrumentos legais. Este condicionamento jurídico da política econômica, envolvendo as consequências do exercício do Poder Econômico, quer oficial, quer privado, afirma-se como objeto do Direito Econômico, de acordo com o conceito que oferecemos ao entendimento desta disciplina jurídica.⁸⁰

Pode, portanto, ser identificado, como objeto do Direito Econômico, em nível imediato, a regulamentação da atividade econômica; ou seja, a normatização das premissas condutoras da política econômica que deve vigir em relação aos sujeitos a ela submetidos. Em um nível mais generalizador, como ramo do Direito que é, tem, o Direito Econômico, a preocupação de, em última análise, proceder à instauração da justiça⁸¹ no campo econômico das atividades humanas.

⁷⁹ Possivelmente, o modelo familiar não esteja totalmente superado; mas é inegável que, hodiernamente, o homem passa grande parte de seu tempo ausente de seu lar, interagindo com outros grupos sociais, mormente, no ambiente de trabalho onde chega a passar, no mínimo um terço de seu dia. Famílias cada vez menores, inserção das mulheres no mercado de trabalho e condições econômicas insuficientes levam o casal para dentro da *empresa-feudo* que oferece, aos incluídos, toda a espécie de serviços e bens necessários para compensar a ausência do lar.

Grandes empresas fornecem serviços de creches, convênios médicos, linhas internas de crédito para funcionários, instalações residenciais etc. De outra parte, em uma política extremista de Estado-mínimo, aos excluídos - desempregados - não resta nem o amparo social tão necessário.

Dentro de uma perspectiva futurística - e aqui pode ser verificada uma falha em termos de apresentação acadêmica de um tema - não se pode deixar de lembrar a possibilidade de institucionalização de territórios de poder onde mega-agentes - empresas - atuem paralelamente a um Governo local, Regional, ou mesmo, Mundial; conformes aos seus ditames de mercado ou, se nem tanto, a governos supranacionais característicos dos blocos regionais político-econômicos.

Talvez, então, a ordem político-jurídica já não se faça tão forte quanto a ordem jurídico-econômica onde, ainda, o elemento jurídico será instrumento de poder; porém, desta feita, estará o sujeito - *homem de direito*, envolvido com duas possibilidades: a da inclusão incondicional à nova célula *matter* social - a empresa - ou à exclusão pela falta de opção na defesa de seus direitos individuais fruto do desmantelamento de uma ordenação estatal voltada, também, ao social.

Adverte-se, quanto às possibilidades acima referidas, conforme lembra Bertrand Russel, que, em um oscilar entre o *individualismo* e a autoridade característica de um *alto grau de coesão social* resta, ao homem, garantir *segurança, conservação e justiça* bem como *liberdade de iniciativa pessoal compatível com a ordem social* e neste procurar de um meio-termo repousa o *justo equilíbrio entre fins e meios*. Ver in RUSSEL, Bertrand. *A autoridade e o indivíduo*. trad. Agenor Soares Santos. São Paulo: Nacional. pp. 101 e ss.

⁸⁰ SOUZA, Washington Peluso Albino de, *Direito Econômico*. 1980. *Op. cit.*

⁸¹ Quanto ao conceito de justiça, deve ser observado o ponto de vista de quem discursa. No caso da LaE, se tem como justiça, para o jurídico, a realização da maximização da riqueza em termos posnerianos ou a efetivação de um proceder economicista, porém, distributivista conforme Calabresi.

Ainda é importante lembrar que, conforme a Escola adotada, podem ser identificados objetos específicos para o Direito Econômico tais como a ordenação dos mercados, o intervencionismo Estatal - planejamento e atividade empresarial - ou o regular das relações de poder em termos político-econômicos.

Delimitados parâmetros conceituais e estruturadores da possibilidade de um estudo sobre o campo jurídico-econômico em termos de Direito Econômico, e destacada a necessidade de constitucionalização das premissas ideológicas do sistema adotado para fins de implementação das políticas econômicas, urge verificar, o que seja uma constituição em termos econômicos e seu conteúdo preparando; a subsequente análise da Ordenação Constitucional Econômica Brasileira em alguns de seus aspectos históricos e hodiernos; com ênfase para a sua fundamento-principiologia.

3.4 DAS NORMAS DE DIREITO ECONÔMICO.

Uma das fontes do Direito, aliás, primária, é a norma ou lei - preceito comum e geral que cria direitos ou determina obrigações. Assim também ocorre com o Direito Econômico que dispõe de norma fundamental - embasamento Constitucional - e legislação infra-constitucional; entretanto, uma das características principais de suas normas, mormente em nível Constitucional, é a sua programaticidade. A ordem Jurídica da Economia, portanto, não só se compõe de preceitos fundamentantes inseridos nos textos Constitucionais; como, também,

Aristóteles, de outra forma, lembra que a justiça se relaciona com o meio termo em oposição à injustiça relacionada com os extremos; além de considerá-la, dentre as formas de excelência moral, como 'bem dos outros'. in ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*. Op. cit. Liv. V, pp. 92-112.

Ainda lembrando o Professor Washington P. A. de Souza, é, realmente, apreciável sua aproximação do Direito Econômico como instrumental que, antes de ser controlador social, apresenta função instrumental dedicada à consecução de uma definida política econômica ideologizada constitucionalmente. Textualmente expressa:

*Os objetivos da política econômica traçada, realmente têm no Direito Econômico o instrumento adequado de sua efetivação. (...) À sociedade industrial é que deve ser debitada a transformação, e ao Direito Econômico, creditada a tarefa jurídica de institucionalizá-la. Em verdade, a obtenção do 'ótimo econômico' dentro dos limites do 'justo' define a sua posição na dinâmica da sociedade industrial. Ver in SOUZA, Washington Peluso Albino de, *Direito Econômico*. Op. cit. p. 56.*

Ainda referindo sobre o justo e a sua relação com a economicidade, segue ensinando Washington P.A. de Souza:

O ideal será o justo correspondente ao certo. Mas, quando isto não seja possível, predominará o justo, porque definirá a linha de maior vantagem. Esta linha de maior vantagem (...) mede-se pela economicidade, da qual se encarrega, especialmente, o Direito Econômico.

Hoje, em virtude (sic) desta importância do econômico no Direito, fala-se da Economia Aplicada ao Direito como uma disciplina autônoma dentro do ensino da própria Economia. (...)

Por sua vez, desenvolve-se um método próprio para o seu estudo e aplicação, que é justamente aquele capaz de revelar o ato ou o fato econômico ao jurista, isto é, de permitir a este a aplicação do método analítico substancial.

*Esta 'Economia Aplicada ao Direito' seria justamente a disciplina básica que os estudantes e os estudiosos do Direito deveriam conhecer, antes do estudo de qualquer das disciplinas jurídicas autônomas. A partir dos seus conhecimentos, pode-se explicar a realidade econômica. E, em decorrência desse conhecimento, dessa 'explicação científica da realidade econômica, dos atos e fatos econômicos, conduzi-los no sentido da realização do justo, por meio das normas jurídicas que regulamentam a conduta dos agentes dessa atividade. Ver in SOUZA, Washington Peluso Albino de, *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. Série Manuais n. 1. Belo Horizonte: Fundação Brasileira de Direito Econômico, 1977. p.83-84.*

de diversos dispositivos infra-constitucionais.

As normas de Direito Econômico, providas de Órgão Legiferante ou do próprio Poder Executivo, dão, a este ramo do Direito, peculiares qualidades como observa José Wilson Nogueira de Queirós que ensina, quanto às suas características:

O Direito Econômico apresenta as seguintes características principais:
a) incremento na quantidade de normas; b) Flexibilidade e variabilidade; c) Qualidade inferior na técnica legislativa; d) Delegação legislativa decorrente da imediatividade dos fenômenos econômicos; e) Predominância do poder discricionário da administração; f) Ênfase do Poder de Polícia da Administração Pública, predominando o aspecto tecnológico sobre o democrático; g) Tolerância de normas desprovidas do fundamento ético.⁸²

Parece, mesmo, que, no Estado moderno de Direito em que a intervenção estatal na órbita econômica é uma constante, são necessárias diversas elaborações normativas que, diferentemente das normas jurídicas em geral - coativas, se apresentam, não raras vezes, despidas de coercitividade e elaboradas segundo perspectiva de um Direito Persuasivo através de estímulos direcionados para objetivos determinados pela política econômica, em óbvia conformidade com a ideologia constitucionalmente adotada.

A Constituição como *norma das normas* define a principiologia fundamentante do sistema jurídico imprimindo-lhe a caracterização ideológica⁸³. Em termos de Direito Econômico, a constitucionalização desses princípios apresenta inquestionável caráter programático.

A Constituição escrita, não podendo descer aos detalhes do fenômeno econômico, limita-se a determinar, segundo suas normas, orientação abrangente e indicativa para os diversos agentes econômicos públicos ou privados no exercício do poder econômico.

Como normas de caráter econômico devem ser destacadas as Leis do Plano, as Leis de Programa e as Leis de Quadros pelas suas peculiaridades. No que concerne à Lei do Plano seja lembrada, além do exposto anteriormente, as disposições do art. 165 CF/88:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão :

- I - o plano plurianual;
- II - as diretrizes orçamentárias;
- III - os orçamentos anuais.

§ 1º. A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

§ 2º. A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

§ 4º. Os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional;

§ 5º. A lei orçamentária anual compreenderá :

- I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

⁸² QUEIROS, José Wilson Nogueira de. *Direito Econômico*. Op. cit. p. 13.

⁸³ No mesmo sentido ver SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. Op. cit. p. 132-134.

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

As Leis de Programas, por sua vez, tratam de específicas dotações orçamentárias que tornam exequíveis os Planos ou mesmo programas individuais enquanto as Leis de Quadros agilizam a atuação do executivo que, assim, se vê livre dos entraves técnico-burocráticos dos processos de elaboração das leis nos legislativos.

As normas de Direito Econômico, como elaborações determinantes do convívio social, inclusive, influenciando-o, traduzem valores fundamentais para a sociedade, sendo que, lhes são peculiares a economicidade ou influência da Ciência Econômica na sua elaboração. Outra característica não menos frequente é o serem, em geral, programáticas.

No que diz respeito às normas programáticas e sua aplicabilidade, devem ser lembradas as lições de José Afonso da Silva e de J.J.Gomes Canotilho.

Para o brasileiro, a aplicabilidade das normas constitucionais - como, de resto, todas as demais normas - *dependem, especialmente de saber se estão vigentes, se são legítimas e se têm eficácia*⁸⁴. O autor ainda define estas três situações conforme segue:

Vigência é, no sentido técnico-formal, a qualidade da norma que a faz existir juridicamente e a torna de observância obrigatória, isto é, que a faz exigível, sob certas condições.⁸⁵

Legitimidade reflete a relação das normas infra-constitucionais para com as normas constitucionais; logo, as *normas ordinárias e mesmo as complementares são legítimas, quando se conformam, formal e substancialmente, com os ditames da constituição. (...) a legitimidade dessas normas decorre de uma situação hierárquica em que as inferiores recebem sua validade da superior (...) segundo um princípio de compatibilidade vertical*⁸⁶.

Eficácia trata da *potencialidade* de aplicação da norma aos casos concretos produzindo efeitos jurídicos⁸⁷.

José Afonso da Silva, ainda, quanto à eficácia das normas classifica-as⁸⁸ em normas constitucionais mandatórias e normas constitucionais diretórias, segundo corrente italiana que

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 43.

⁸⁵ *Op. cit.* pp. 43-44.

⁸⁶ *Op. cit.* p. 46.

⁸⁷ *Op. cit.* p. 51.

⁸⁸ No sentido de expansão da pesquisa pode ser vista a classificação semelhante à de José Afonso da Silva apresentada por Manoel Gonçalves F. Filho in _____. *Direito Constitucional Econômico*. *Op. cit.* pp. 132-152.

sustenta terem, as constituições, *cláusulas preceptivas, de caráter impositivo e peremptório ou, e cláusulas diretivas, de caráter não obrigatório* e, em relação à sua aplicabilidade segue a doutrina norte-americana que prevê normas constitucionais *self-executing* e *not-self-executing*, conforme sejam ou não auto-aplicáveis e bastantes em si mesmas⁸⁹; por fim, apresenta um quadro geral das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade distinguindo-as em :

- I - normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral;
- II - normas de eficácia contida e aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral;
- III - normas de eficácia limitada:
 - a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos;
 - b) declaratórias de princípios programáticos.

Em sua sapiência, o Mestre brasileiro apresenta os seguintes conceitos:

Normas de eficácia plena *estabelecem conduta jurídica positiva ou negativa com comando certo e definido, incrustando-se, predominantemente, entre as regras organizativas e limitativas dos poderes estatais (...) sendo aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos intreresses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente quis regular*⁹⁰.

Normas constitucionais de eficácia contida *são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados*⁹¹.

Normas constitucionais de eficácia limitada são ⁹² *normas constitucionais de princípio institutivo aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei.*

Inseridas neste último tipo classificatório é que estão, no entender do constitucionalista pátrio, as normas programáticas que traduzem *compromisso* no constitucionalismo moderno. Assim, normas programáticas são as *normas constitucionais, através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes*

⁸⁹ *Op. cit.* pp. 65-66.

⁹⁰ *Op. cit.* p. 94.

⁹¹ *Op. cit.* p. 108.

⁹² *Op. cit.* p. 119.

*os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, judiciais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado*⁹³.

Por fim, verificada a existência de diversos dispositivos constitucionais quanto à sua aplicabilidade, José Afonso da Silva lembra que, mediante processo integrativo da eficácia das normas constitucionais, estas devem ser exequíveis. Assim, é viabilizada, a legislação infra-constitucional, através de dispositivos tais como: leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções - art. 59 CF/88.

Ainda, quanto ao tema, deve ser lembrado o constitucionalista luso J.J.Gomes Canotilho para quem a Constituição deve dirigir a atuação dos governantes; decorrendo do grande número de normas programáticas inseridas no texto constitucional moderno a sua característica diretiva⁹⁴. O autor ensina quanto à positividade jurídico-constitucional das norma programáticas que, estas, implicam em:

- (1) - Vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional);
- (2) - Vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como directivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição);
- (3) - Vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam⁹⁵.

Nas constituições modernas, portanto, o assunto econômico é normatizado, muito freqüentemente, através de normas programáticas, que, apesar de tratarem os diversos assuntos através de proposições gerais, orientações e delimitação de princípios, se apresentam eficazes conforme Crisafuli expressa, delimitando princípios a respeito:

- 1) reconhecimento da eficácia normativa também das disposições constitucionais exclusivamente programáticas, as quais enunciam normas jurídicas autênticas, que são, portanto, preceptivas tanto quanto as outras, embora dirigidas originária e diretamente aos órgãos do estado e, pelo menos com certeza, aos órgãos legislativos;
- 2) reconhecimento no ordenamento vigente da natureza propriamente obrigatória do vínculo derivado das normas constitucionais programáticas aos órgãos legislativos, como consequência da eficácia formal prevalecente de sua fonte (a Constituição) em relação às outras leis ordinárias;
- 3) reconhecimento, portanto, da invalidade das leis posteriores, que contrastem com as normas constitucionais programáticas e, segundo a corrente doutrinária que parece merecer referência, também das disposições de lei preexistentes, se e enquanto com elas contrastantes.
- 4) reconhecimento afinal da presença no texto da Constituição de um terceiro tipo de disposições normativas, contendo normas não programáticas, porque destinadas a disciplinar diretamente certas matérias, e todavia insuscetíveis de imediata aplicação por motivos técnicos, seja porque haja necessidade de integração, como determinadas normas legislativas instrumentais, as quais são, portanto, praticamente delas dependentes, assim como são também condicionadas ao cumprimento de determinadas operações administrativas ulteriores.⁹⁶

⁹³ *Op. cit.* p. 132.

⁹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* : contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. *Op. cit.*

⁹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. *Op. cit.* p. 184.

⁹⁶ Apud Alberto Venâncio Filho in *A Intervenção do Estado...* *Op. cit.* p. 46.

No caso brasileiro, a programaticidade das normas constitucionais fica evidente pela real necessidade de complementação legislativa conforme lembrado pelo Senador Carlos Alberto Gomes Chiarelli que verificou serem necessárias *trezentas leis federais e quarenta e nove leis federais complementares(...)* *setenta e quatro leis referentes ao Distrito Federal; noventa e três leis complementares estaduais (...)* e *setenta e cinco leis municipais*, além da *Lei Orgânica Municipal*⁹⁷.

Ainda seguindo o Mestre luso J.J. Gomes Canotilho, resta, pois, dar efetividade a essas normas através de sua concretização por meio de processos legiferantes em instância infra-constitucional e por meio de métodos interpretativos próprios que refiram ao fenômeno verificável *in loco*.

3.5 DA COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA LEGISLAR SOBRE O ECONÔMICO.

Em termos de ordenamento da atividade econômica; bem como das medidas econômico-financeiras que possibilitam o desenvolver dos fenômenos da produção, repartição, distribuição e consumo no Brasil, estão previstas as seguintes competências Constitucionais:

1. Compete à União:

1.1. emitir moeda;

1.2. administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguro e de previdência privada;

1.3. elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

1.4. explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei;

1.5. explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura

⁹⁷ Apud FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico.. Op. cit.* p. 77.

aeroportuária; os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros e os portos marítimos, fluviais e lacustres

1.6. explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados.

1.7. organizar, manter e executar a inspeção do trabalho;

2. Compete privativamente à União legislar sobre :

2.1. direito civil, comercial, penal, agrário, marítimo, aeronáutico e do trabalho;

2.2. desapropriação;

2.3. águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;

2.4. sistema monetário e de medidas , títulos e garantias dos metais;

2.5. política de crédito , câmbio, seguros e transferência de valores,

2.6. comércio exterior e interestadual;

2.7. diretrizes da política nacional de transportes;

2.8. regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;

2.9. trânsito e transporte;

2.10. jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;

2.11. organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;

2.12. sistemas de poupança , captação e garantia da poupança popular,

2.13. seguridade social;

2.14. atividades nucleares de qualquer natureza;

2.15. normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle;

2.16 propaganda comercial.

Observa-se que o art. 22, § único CF/88 ainda prevê, através de Lei complementar, a possibilidade de que estes e outros assuntos de caráter econômico sejam legislados pelos Estados.

3. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios,

dentre outras e conforme art. 23 CF/88:

- 3.1. fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;
- 3.2. promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;
- 3.3. combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

4. Conforme art. 24 CF/88, dentre outras competências, é atinente à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

- 4.1. direito tributário, financeiro, econômico⁹⁸ e urbanístico;
- 4.2. orçamento;
- 4.3. produção e consumo;
- 4.4. florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;
- 4.5. previdência social, proteção e defesa da saúde;

5. Também compete aos Municípios, segundo art. 30 CF/88:

- 5.1. legislar sobre assuntos de interesse local;
- 5.2. suplementar a legislação federal e estadual no que couber;
- 5.3. instituir e arrecadar os tributos de sua competência e aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;
- 5.4. organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;
- 5.5. manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental;
- 5.6. prestar, com a cooperação técnica e financeira, da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;
- 5.7. promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

6. No artigo 48 CF/88 são verificáveis as atribuições normativas que cabem ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, das quais podem ser citadas:

- 6.1. sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas;

⁹⁸ Saliente-se que cabe à União legislar em caráter geral sobre Direito Econômico, restando aos Estados e ao DF legislar conforme as instituídas disposições gerais e segundo peculiaridades que lhes sejam próprias.

6.2. plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado;

6.3. planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento;

6.4. limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União,

6.5. incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados ouvidas as respectivas Assembléias Legislativas;

6.6. telecomunicações e radiodifusão;

6.7. matéria financeira, cambial, e monetária, instituições financeiras e suas operações;

6.8. moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal;

7. Além de outras atribuições, é da competência exclusiva do Congresso Nacional, segundo art. 49 CF/88:

7.1. resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

7.2. julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

7.3. apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão;

7.4. autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;

7.5. aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares;

8. No art. 51 CF/88 constam competências privativas da Câmara dos Deputados, dentre as quais, proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa;

9. Da mesma forma, o art. 52 CF/88 dispõe sobre a competência privativa do Senado Federal para legislar e, dentre outras atribuições:

9.1. autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;

9.2. fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

9.3. dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e

demais entidades controladas pelo Poder Público Federal;

9.4. dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno;

9.5. estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

10. Por fim, o art. 84 determina as competências privativas do Presidente da República, onde podem ser destacadas:

10.1. manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos ;

10.2. celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

10.3. enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição;

10.4. prestar, anualmente , ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior;

10.5. editar medidas provisórias com força de lei,

3.6 O DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO:

Lembrando, novamente, a lição de Washington P. A. de Souza, diferenciando Direito da Economia e Direito Econômico, abrangendo, o primeiro, qualquer ramo do Direito que apresente algum enfoque ou conteúdo econômico e traduzindo, o segundo, ramo específico no conjunto das disciplinas jurídicas⁹⁹ , não se quer, com a expressão Direito Constitucional Econômico destacar um novo ramo do Direito, mas, simplesmente, chamar a atenção para o fato de que, no corpo do Texto Magno Constitucional hodierno, não é raro encontrar, ao lado da ordenação de caráter político, uma parte do Texto dedicada, exclusivamente, para a delimitação dos fundamentos e regras princípio-normativas determinantes da ordem jurídica econômica que embasam, juntamente com a legislação infra-constitucional, a política econômica. Trata-se, em verdade, de um *Direito Econômico Constitucionalizado*; o que, absolutamente, como será visto, não significa o esgotamento, no Texto Constitucional, de

⁹⁹ SOUZA, Washington Peluso Albino de, *Direito Econômico*. Op. cit. p. 70.

todos os princípios fundamento-normativos do sistema econômico adotado. Na verdade, em muitas constituições, a ordenação econômica não se apresenta em um único capítulo ou seção de texto e sim de forma *dispersa* em meio aos diversos dispositivos constitucionais.

A importância do Direito Constitucional como ordenador jurídico-socio-econômico é delimitar a ideologia político-econômica que conformará toda a ordenação infra-constitucional, inclusive, o próprio Direito Econômico. Se não for bastante atribuir à Constituição, como Lei Magna, refletir, segundo Lassale¹⁰⁰, fatores reais de poder, ou, ainda, conforme à Carl Schmitt¹⁰¹, decisão política; resta-lhe evidenciar o disciplinamento do exercício do poder; também, segundo seu aspecto econômico.

O Constitucionalismo clássico do séc. XVIII e XIX como é visto nas Constituições Francesa de 24 de junho de 1793 e Norte-Americana de 1787 tratou de ser organizativo dos poderes e declarativo de Direitos e Garantias Individuais. Resultado da liberação, destes Países, do jugo imperialista, tratou de refletir o *liberalismo político e econômico*, sendo o primeiro confundido com *as liberdades e as garantias individuais, instrumentos da resistência e da limitação do Poder, para preservar a indevassável autonomia individual* enquanto que o *liberalismo econômico repelia a presença do Estado na atividade econômica, que deveria expandir-se na livre concorrência da economia do mercado*¹⁰².

O declínio do liberalismo econômico, entretanto, e a adoção de novas formas de intervencionismo e dirigismo verificadas no início do século XX levaram à constitucionalização de preceitos relativos à Ordem Econômica; em outras palavras, tal fenômeno ocorreu em função da instalação do *Welfare-State* - o moderno Estado Social de Direito.

3.6.1 INTRODUÇÃO E NOÇÕES SOBRE CONSTITUIÇÃO

Objetiva-se, a partir de então, um conceito próprio de constituição¹⁰³, a demonstração dos principais aspectos relativos à Ordem Constitucional Econômica Brasileira¹⁰⁴ segundo

¹⁰⁰ LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 2ª ed. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1988.

¹⁰¹ SCHMITT, Carl. *Teoría de La Constitución*. Madrid : Editorial Revista de Derecho Privado, 1927.

¹⁰² HORTA, Raul Machado. *Constituição e Ordem Econômica e Financeira*. In : *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. n. 72. Belo Horizonte : Universidade Federal de Minas Gerais. Jan, 1991.p. 9.

¹⁰³ Inicialmente, é necessário delimitar um conceito de constituição e, para tanto, podem ser úteis as obras de Celso Ribeiro Bastos, Paulo Bonavides, J.J. Gomes Canotilho, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Pinto Ferreira, Ferdinand Lassale, Hans Kelsen, Carl Schmitt, Herman Heller, Konrad Hesse e Sieyes dentre outros teorizadores do Direito constitucional. Vejam-se, pois, suas obras: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., 1991; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. rev. e amp. São Paulo : Malheiros, 1994; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. Coimbra : Almedina, 1993, _____. *Constituição Dirigente e*

sucessão de fatos histórico-constitucionalizados bem como a institucionalização do sistema econômico liberal-capitalista no País; marcado, indelevelmente, pela ideologia socialista através, inclusive, de sua constitucionalização¹⁰⁵.

Em relação à idéia de uma Teoria Constitucional, pode ser apreciada a conceituação de Constituição a partir de uma visão histórico-doutrinária elucidativa.

Na esteira de difusão do pensamento individualista liberal em que o Estado passa a ser garantidor de direitos políticos criando condições de segurança e certeza jurídica conforme aos ensinamentos de doutrinadores como John Locke e Tomas Hobbes, se difundiu, no final do séc. XVIII, na França, movimento político-revolucionário culminando, mais precisamente em 1789, com a tomada da *Bastília* e extinção do chamado *ancien regime*, em um abandonar de práticas feudais inerentes ao paradigma jurídico-social voltado ao objeto e ao *status* - homem ligado à terra - em função das novas possibilidades subjetivas de liberdade contratual e de propriedade.

Garantiram-se, então, como regime político-jurídico, a democracia representativa em um Estado de Direito em que predominasse, como regramento fundamental, a Constituição delimitadora de direitos e garantias políticas, além de estruturar o Estado, o exercício e a

Vinculação do Legislador : contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas . Coimbra, 1994 e _____. MOREIRA , Vital . *Fundamentos da Constituição*. Coimbra, 1991; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves . *Curso de Direito Constitucional* .1993. *Op. cit.*; FERREIRA , Pinto . *Curso de Direito Constitucional*. 1993. *Op. cit.*; LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. *Op. cit.*; KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. *Op. cit.* e _____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. *Op. cit.*; SCHMITT, Carl . *Teoria de La Constitución*. *Op. cit.*; HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo : Mestre Jou., 1968.; KONRAD HESSE . *Escritos de Derecho Constitucional* (Selección). Trad. de Pedro Cruz Villalón. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1983; SIEYÈS. ? *Que és el tercer estado* ?. Trad. Francisco Ayala. Madrid : Aguilar, 1973.

104 A abordagem do tema referente à Constitucionalização da Ordem Econômica no Brasil pode ser tratada a partir dos ensinamentos de eminentes doutrinadores tais como: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Eros Roberto Grau, José Eduardo Faria, Tupinambá Miguel C. do Nascimento, José Afonso da Silva, Pinto Ferreira, Washington Peluso Albino de Souza, Raul Machado Horta, J. Cretella Júnior, Celso Ribeiro Bastos, Werter R Faria e Américo Luís Martins da Silva, dentre outros. Citem-se suas obras: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo : Saraiva, 1990; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. *Op. cit.*; FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. *Op. cit.*; NASCIMENTO, Tupinambá M. C. do. *A ordem econômica e financeira e a nova Constituição*. *Op. cit.*; SILVA, José Afonso da . *Curso de Direito Constitucional Positivo*. *Op. cit.*; FERREIRA , Pinto . *Comentários à Constituição Brasileira*. *Op. cit.*; SOUZA , Washington Peluso Albino de , *Conflitos Ideológicos na Constituição Econômica*. *Op. cit.*; _____. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. *Op. cit.*; _____. *Direito Econômico e Economia Política*. Belo Horizonte : Prisma Editora Cultural. s/d.; _____. *Direito Econômico*. São Paulo : Saraiva. 1980; HORTA , Raul Machado. *Constituição e Ordem Econômica e Financeira*. *Op. cit.*; CRETELLA JÚNIOR, José . *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. *Op. cit.*; BASTOS, Celso Ribeiro . *Comentários à Constituição do Brasil* : promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo : Saraiva, 1988. v. 7. arts. 170 a 192; FARIA, Werter R. *Constituição Econômica : Liberdade de Iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre : Sérgio A. Fabris, 1990 e SILVA, Américo Luís Martins da. *A Ordem Constitucional Econômica*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1996.

105 São úteis, para o entendimento da evolução da ordenação econômica, aportes teóricos carreados da história econômica. Primorosas fontes de discussão podem ser encontradas nas obras dos seguintes autores Caio Prado Júnior, Paul Hugon, Francisco Magalhães Filho, Max Weber e R Haddock Lobo. Ainda necessário se faz lembrar autores em Direito Econômico Brasileiro como Geraldo de Camargo Vidigal, João Bosco L. da Fonseca, Afonso Insuela Pereira, Ana Maria Ferraz Augusto e Isabel Vaz, além dos já citados. Vejam-se alguns títulos dos referidos autores: CAIO PRADO JÚNIOR. *História Econômica do Brasil*. 34ª ed. São Paulo : Brasiliense, 1986 e _____. *Formação do Brasil Contemporâneo*. 6ª ed. São Paulo : Brasiliense, 1961; HUGON, Paul . *História das Doutrinas Econômicas*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1942; MAGALHÃES FILHO, Francisco de B.B. de. *História Econômica*. 12ª Ed. São Paulo : Saraiva, 1991; WEBER, Max . *Economia e Sociedad*. *Op. cit.* e _____. *História Geral da Economia*. *Op. cit.*; HADDOCK LOBO, R. *História Econômica e Administrativa do Brasil*. 17ª ed. São Paulo : Atlas, 1972.e _____. *Pequena História da Economia*. 2ª ed. São Paulo : Livraria Martins Editora, 1959; VIDIGAL, Geraldo . *Teoria Geral do Direito Econômico*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1977; FONSECA , João Bosco Leopoldino da . *Direito Econômico*. Rio de Janeiro : Forense., 1995; PEREIRA, Afonso Insuela. *O direito econômico na ordem jurídica*. 2ª ed. São Paulo : Bushatsky, 1980; AUGUSTO, Ana Maria Ferraz . *Sistematização para Consolidação das Leis Brasileiras de Direito Econômico*. Belo Horizonte : Fundação Brasileira de Direito Econômico, 1975; VAZ, Izabel. *Direito Econômico da Concorrência*. 1ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1993 e _____. *Direito Econômico das Propriedades*. 1ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1992.

divisão de poderes. Há notícias de que Cartas Garantidoras de Direitos já eram vistas no século XIII, especificamente, em 1215 com a assinatura, por parte do Rei João sem Terra, de uma Carta de Direitos - Magna Carta - consagrada a garantir imunidades tributárias aos lordes ingleses; assim como a *Acta de habeas Corpus* de 1679 - consagrando defesa contra prisões arbitrárias e direito a oitiva por um juiz - e o *Bill of Rights* de 1688. Na realidade, estes primeiros experimentos trataram da proteção de direitos dos lordes ou burgueses ingleses, entretanto, o movimento político-ideológico de 1789 é um marco histórico na evolução do constitucionalismo caracterizado através da substituição do regime feudal pela representação pública moderna estruturada em Assembléia Constituinte.

Emmanuel Sieyès, em 1788, escreveu, intentando impugnar a ordem jurídico-política absolutista de sua época, a obra *Qu'est-ce que le Tiers état?* Nela, destacou, apologeticamente, a doutrina do *poder constituinte do povo* e da *forma representativa de governo*, enfatizando, ainda, o *poder da burguesia* como força identificada à nação. Influenciado pelo iluminismo e pelas idéias de um *Direito Natural*, desenvolve trabalho realista voltado a uma nação livre capaz de elaborar sua própria constituição. Sua metodologia expositiva é trabalhada através de três questões básicas respondidas e desenvolvidas no corpo do texto; quais sejam:

O que é o terceiro estado? Tudo.¹⁰⁶

O que tem sido até agora na ordem política? Nada.¹⁰⁷

O que pede? Chegar a ser algo.¹⁰⁸

Sieyès define, como poder originário constituinte a nação. O povo, como unidade política com capacidade de atuar no meio social de forma a tomar decisões com a consciência de sua singularidade e vontade de existência política.

Mais tarde, em 1863, outra obra de vulto se destacou no cenário do constitucionalismo; era o trabalho de Ferdinand Lassale que, na Alemanha, foi um crítico da norma inaugurando a sociologia jurídica, destacando a imperiosidade dos *fatores reais de poder - força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes*¹⁰⁹ - na determinação, sim, da norma fundamental da nação; ou seja, da constituição.

¹⁰⁶ SIEYÈS, *Op. cit.* p. 5 - 15.

¹⁰⁷ *Op. cit.* p. 16 - 24.

¹⁰⁸ *Op. cit.* p. 25 - 45.

¹⁰⁹ LASSALE, *Op. cit.* p.11.

Explicitou, que é, *em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação*,¹¹⁰ ou, ainda, *que uma constituição é um pacto juramentado entre rei e povo, que fixa os princípios fundamentais de legislação e governo de um país*¹¹¹.

Após a Primeira Grande Guerra, surgiu, em 1927, texto de especial importância para a Teoria Constitucional elaborado por Carl Schmitt discutindo o conceito da palavra constituição, e estudando, como objeto dessa Teoria, o Estado Constitucional, ou seja, o Estado Liberal-burguês ou, ainda, o Estado de Direito dentro de uma perspectiva política. Uma verdadeira organização com um tipo nacional de Estado, onde a Nação é produto político - social e substrato inequívoco do Estado liberal-burguês que aparece, na história, assumindo o duplo papel de herdeiro e adversário da Monarquia absoluta.

O Estado constitucional se torna dinâmico inserido em um processo de evolução social e institucional que pressupõe efetiva homogeneidade nacional, sem a qual, a forma liberal - burguesa cai por terra. Assim, sob o artifício do Estado Liberal-burguês, do Estado de Direito, do ideal normativo está escondido o fato da *decisão política soberana*.

Em sua Teoria da Constituição, C. Schmitt elabora alguns conceitos expressivos que merecem ser lembrados. Como conceito absoluto, Constituição é vista como um todo unitário, como situação de completa unidade política e ordenação social concreta do Estado ou como forma de governo - forma das formas - ou, ainda, como princípio de formação de unidade política. Constituição é, pois, a *concreta situação de conjunto da unidade política e ordenação social de um certo Estado* sendo que, neste sentido, o *Estado é a Constituição*¹¹².

Como maneira especial de ordenação política e social trata da forma especial de domínio que afeta a cada Estado e que é inseparável dele; por exemplo: Monarquia, Aristocracia ou democracia. Neste sentido Constituição é forma de governo, enquanto que, de outra forma, ensina C. Schmitt, pode ser vista como *princípio do devenir dinâmico da unidade política*, do fenômeno da continuamente renovada formação e soerguimento desta unidade desde uma força e energia subjacente ou operante na base¹¹³.

Ainda, como conceito absoluto de Constituição, pode ser verificado um sentido normativo - *norma das normas* - traduzindo um *sistema cerrado de normas* designando uma unidade sim,

¹¹⁰ *Op. cit.* p.19.

¹¹¹ *Op. cit.* p. 6.

¹¹² SCHMITT, *Op. cit.* p. 3 - 4.

¹¹³ *Op. cit.* p. 6.

mas não uma unidade com existência em concreto e sim, *pensada*, idealizada no mundo do *dever ser normativo*.¹¹⁴ Constituição, em sentido absoluto, significando uma regulação legal fundamental ou sistema de normas supremas e ultimadas reflete o sentido Kelseniano do Estado tratado como um dever ser normativo.

Assim como Sieyès, o autor concorda com a validade do texto magno quando sua origem emana de um Poder Constituinte e se estabelece pela sua vontade, tecendo críticas ao positivismo que desconhece a vontade social imanente pertencente ao mundo do ser como causa do dever ser normativo. Afirma : (...) *uma norma pode valer quando é justa, então a concatenação sistemática conduz ao Direito Natural e não à constituição positiva*(...)¹¹⁵.

Já, conforme à F. Lassale, C. Schmitt reconhece, então, a influência do meio social no sistema constitucional ensinando que não pode haver um sistema *cerrado de natureza puramente normativa, pois, assim o sendo, é arbitrário ao conferir trato de unidade e ordenação sistemáticas a uma série de prescrições particulares, entendidas como leis constitucionais, se a unidade não surge de uma suposta vontade unitária*. De fato, para ele, *a unidade e ordenação reside na existência política do Estado, e não em leis, regras nem em nenhuma classe de normatividades*¹¹⁶.

De outra parte, o autor alemão aborda a possibilidade de um conceito relativo de constituição - como uma pluralidade de leis constitucionais particulares caracterizadas segundo certas formalidades. A Constituição Escrita ou formal é concebida quando certas propriedades, seja da pessoa ou órgão que emite o documento, seja do conteúdo instrumentado, do procedimento adotado ou, mesmo das dificuldades de sua reforma; justificam sua existência em sentido formal; lembrando que, muitas vezes, tais dispositivos normativos estão distanciados da realidade social:

(...) embora estipulando uma série de diversas normações legais de conjunto: prescrições orgânicas sobre as autoridades mais importantes do Estado, programas e diretrizes de caráter geral, garantia de certos direitos e numerosas prescrições particulares que só hão sido inscritas na constituição porque se quer subtrai-las às cambiantes maiorias parlamentares e porque os partidos que determinam o conteúdo da Constituição aproveitam a ocasião para prestar o caráter de leis constitucionais a seus postulados de partido.(...) se uma tal série de leis constitucionais é acordada por uma Assembléia constituinte convocada de intento para este fim, a unidade das prescrições nela contidas não reside em seu conjunto material sistemático e normativo, mas em uma VONTADE POLÍTICA. (em espanhol no original).¹¹⁷

¹¹⁴ *Op. cit.* p. 8 - 9.

¹¹⁵ *Op. cit.* p.10.

¹¹⁶ *Op. cit.* p. 11.

¹¹⁷ *Op. cit.* p. 17.

Se a constituição deve estar intimamente ligada ao fato social, deve, também, em certas circunstâncias, poder ser reformada. Esta reforma, entretanto, pode ser dificultada por um procedimento especial com condições mais difíceis do que o próprio para a ordenação infra-constitucional. Mediante as *condições de reforma dificultadas* se protege a duração e estabilidade das leis constitucionais e se *aumenta a força legal*.¹¹⁸ Da idéia de reforma constitucional surgem os conceitos de *constituições flexíveis*, que podem ser reformadas através de procedimento de uma simples lei e *constituições rígidas*, que, em sua forma absoluta, proíbe toda a modificação de qualquer de suas prescrições.

No instituir de uma *reforma dificultada* há uma certa garantia de *duração e estabilidade* para o texto constitucional de forma que, inclusive, a competência para reformar as leis constitucionais é incluída no marco da Constituição, fundada nela mesma, sem sobrepujá-la.

Em sentido positivo, Constituição, para C. Schmitt, surge mediante um *ato do Poder Constituinte*: *O ato constituinte não contém como tal, normas quaisquer, e sim, precisamente, se dá por um único momento de decisão, a totalidade da unidade política considerada em sua particular forma de existência*.¹¹⁹ A constituição é, pois, para o pensador, uma decisão consciente que a unidade política prévia, através do titular do poder constituinte, toma para si mesma. Assim, justifica a existência de leis constitucionais reformáveis a despeito de serem mantidos os demais termos constitucionais:

A distinção entre Constituição e Lei Constitucional só é possível, porque a essência da constituição não está contida em uma lei ou em uma norma. No fundo de toda a normação reside uma decisão política de um titular do poder constituinte, quer dizer, do Povo na democracia e do Monarca na Monarquia autêntica.¹²⁰

Outra possibilidade para conceituar constituição em C. Schmitt é a sua ideologização através da luta partidária entre classes ou partidos políticos com seus respectivos postulados. Desta forma, para a *linguagem do liberalismo burguês*, por exemplo, só existe *constituição quando estão garantidas a propriedade privada e liberdade pessoal*. Diferentemente, para a consideração *político-marxista* uma *constituição que reconheça os princípios do Estado burguês de Direito, sobretudo a propriedade privada, é, de fato, a constituição de um Estado técnico e economicamente atrasado, ou, senão, uma pseudo-constituição reacionária, uma fachada jurídica, desprovida de sentido, oriunda da ditadura dos capitalistas*.¹²¹

¹¹⁸ *Op. cit.* p. 18.

¹¹⁹ *Op. cit.* p. 24.

¹²⁰ *Op. cit.* p. 27.

¹²¹ *Op. cit.* p. 42.

Segundo o autor, o conceito ideal de Constituição do Estado Burguês de Direito reflete um sistema de *garantias da liberdade burguesa* em oposição às constituições totalitárias conforme lembrado por Montesquieu,¹²² para o qual, algumas constituições têm como objetivos e fins imediatos a *glória do Estado*, enquanto outras, a liberdade política dos cidadãos.

No que concerne à constituição garantidora da liberdade burguesa são verificáveis, nesta, o reconhecimento os direitos fundamentais, a divisão dos poderes e, pelo menos, a participação do povo no poder legislativo mediante uma representação popular. Através do processo parlamentar, tais representantes legislam de forma a obterem um consenso político em torno de um pacto social, por vezes escrito. O primeiro exemplo de uma moderna Constituição escrita pode ser visto no *Instrument of Government* de Cromwell no ano de 1653.

O conceito ideal de constituição dominante, até o início do século XX, foi o do Estado burguês de Direito adotando organização política conforme a um ponto de vista crítico e negativo, defendendo a proteção do cidadão contra o abuso do poder por parte do Estado. Na Constituição, os meios de controle do exercício de poder político-estatal são mais organizados que o próprio Estado; sendo criadas seguridades contra ataques estatais, introduzindo *freios e contrapesos* ao exercício desse poder público. Daí, resulta que as constituições dos Estados, até então, estão, pois, compostas de dois elementos básicos: de um lado, os princípios do Estado de Direito para a proteção da liberdade burguesa frente ao Estado, de outro, o elemento político do qual se há de deduzir a forma de governo (Monarquia, Aristocracia, democracia ou um misto).

A partir dos anos iniciais do séc. XX, foram inseridos, nos Textos Magnos, dispositivos voltados à ordenação das atividades econômicas de forma a serem garantidas as liberdades neste campo, seja em função do atuar do Estado na economia ou, mesmo, dos próprios agentes privados.

Tratando Constituição como Lei Fundamental, C. Schmitt apresenta várias posições a serem lembradas, em um sentido geral, não preciso. Assim, chama de *lei(s) fundamental(s)*:

todas as leis ou disposições que parecem de singular importância política às pessoas ou grupos politicamente influentes em um momento dado.

uma norma absolutamente inviolável que não pode ser nem reformada nem quebrada.

toda a norma relativamente invulnerável, que só pode ser reformada ou quebrada sob condições dificultadoras. ao último princípio unitário da unidade política e da ordenação de conjunto. Aqui, se expressa o conceito absoluto de constituição.

qualquer princípio particular da organização estatal (direitos fundamentais, divisão de poderes, princípio monárquico, o chamado princípio representativo, etc.

¹²² MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Op. cit. pp. 156-162.

*a norma última para um sistema de imputações normativas. toda regulação orgânica de competência e procedimento para as atividades estatais politicamente mais importantes; e também, em uma Federação, a delimitação dos direitos desta a respeito dos direitos dos Estados-membros. toda a limitação normada das faculdades ou atividades estatais. Constituição em sentido positivo, donde a chamada lei fundamental não tem por conteúdo essencial uma normação legal, mas, apenas uma decisão política. (em espanhol no original)*¹²³

Em relação à conceituação de Constituição como pacto social, C. Schmitt lembra que deve ser feita distinção entre o chamado contrato social ou de Estado e o pacto constitucional; pois, uma constituição embasada em um ato do Poder constituinte do Povo, *tem que ser algo, em essência, distinto de um pacto social, um contrato social*.¹²⁴ Parece, mesmo, que, um autêntico pacto constitucional supõe, ao menos, duas partes existentes e subsistentes, cada uma delas contendo, em si, um sujeito de um Poder Constituinte, sendo, portanto, independentes unidades políticas. Um autêntico pacto constitucional é, normalmente, um pacto federal, uma Constituição Federal de base democrática, quer dizer, com Poder Constituinte do Povo oriundo dos Estados-membros, pressupondo uma certa paridade, uma homogeneidade substancial em seus membros. É de ressaltar, no entanto, que a igualdade nacional do povo oriundo dos distintos Estados-membros da Federação conduz, com facilidade, quando o sentimento da unidade local é bastante forte, a contradições com o pensamento da Constituição Federal. Assim, um autêntico pacto constitucional é sempre um pacto de *status* e não totalmente livre. O pacto de *status* funda uma *relação permanente de vida que abarca a pessoa em sua existência, e introduz uma ordenação de conjunto que não consiste em diversas relações tão somente mensuráveis, nem pode ser suprimido por livre rescisão ou revogação*.¹²⁵ Portanto, se uma constituição está apoiada em um acordo ou pacto, é, base jurídica de sua validade, a vontade política dos federados e a existência da Federação que descansa nessa vontade.

A vontade política se manifesta, então, em um Poder Constituinte conceituado por C. Schmitt como a *vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre modo e forma da própria existência política, determinando, assim a existência de unidade política como um todo. Das decisões desta vontade deriva-se a validade de toda a ulterior regulamentação legal-constitucional.(...) O Poder Constituinte é unitário e indivisível* (em espanhol no original)¹²⁶.

¹²³ SCHMITT, *Op. cit.* p. 47.

¹²⁴ *Op. cit.* p. 70.

¹²⁵ *Op. cit.* p. 77.

¹²⁶ *Op. cit.* p. 86-88.

O exercício do Poder Constituinte ocorre mediante o ato de decisão política fundamental que pode ser manifesto, em uma democracia representativa, através de uma Assembléia Nacional Constituinte.

Em uma segunda parte de seu trabalho, C. Schmitt lembra da caracterização do Estado de Direito na Constituição Moderna enumerando como princípios do Estado Burguês de Direito; a distinção do elemento de Estado de Direito com respeito ao elemento político, conforme à efetiva especialização, no texto, de direitos fundamentais e da distinção de poderes.

O conceito de Estado de Direito envolve como características particulares: legalidade, justiça administrativa, mensurabilidade de todas as faculdades estatais, independência do juiz, forma judicial e o problema da justiça política enquanto que o elemento político envolve a participação do cidadão na vida do Estado tendo garantidas as suas liberdades democráticas. Estado de Direito, então, *é todo Estado que respeite sem condições o Direito objetivo vigente e os direitos subjetivos que existam*, o que, por sua vez, significa (...) *legitimar e eternizar o 'status quo' vigente e ter por mais importantes os 'direitos bem adquiridos' - seja do indivíduo, seja de qualquer associação e corporação - do que a existência política e seguridade do Estado.* (em espanhol no original)¹²⁷.

Outro autor que merece menção na elaboração de uma Teoria da Constituição é Hermann Heller escrevendo em 1934. Para H. Heller Constituição é, *no sentido da ciência da realidade, a configuração atual da cooperação, que se espera seja mantida de modo análogo no futuro, pela qual se produz de modo constantemente renovado a unidade e ordenação da organização.* (em espanhol no original)¹²⁸.

Brilhantemente, lembra o autor que *não se podem considerar completamente separados o dinâmico e o estático, tampouco podem sê-lo a normalidade e a normatividade, o ser e o dever ser no conceito da Constituição* (em espanhol no original)¹²⁹. Assim, o Estado como *forma organizada de vida* tem, em sua constituição, *normatizadas e organizadas juridicamente as condutas de seus membros* assim como, também, fazem parte desta, as *condutas normalizadas mas não normatizadas* desses mesmos membros¹³⁰. Deste posicionamento, pode ser retirada a idéia de constituição formal e material útil para a análise do trato das instituições normativas econômicas que, absolutamente, não estão, totalmente,

¹²⁷ Op. cit. p. 150.

¹²⁸ HELLER, Op. cit. p. 296.

¹²⁹ Op. cit. p. 296.

¹³⁰ Op. cit. p. 297.

inseridas em um texto constitucional a determinar o tipo de sistema econômico adotado na ideologia político-econômico-social do Estado. Ainda acrescenta H. Heller que:

Só se valora positivamente e, por conseguinte, se converte em normatividade aquela normalidade a respeito da qual se crê que é uma regra empírica da existência real, uma condição de existência ora da humanidade em geral, ora de um grupo humano. A Constituição real do estado conhece certamente uma normalidade sem normatividade, mas não, ao contrário, uma validade normativa sem normalidade. (em espanhol no original)¹³¹.

Em uma posição conciliatória, pois, H. Heller, abdica do extremismo kelseniano do *dever ser* bem como da eliminação da normatividade apregoada por C. Schmitt defendendo, para o entendimento da Constituição uma *real conexão* entre o *ser* e o *dever ser* normativo através do *método dogmático-jurídico a ela correspondente*¹³². Trabalha, derradeiramente, a idéia de interação entre a constituição real e a normatividade.

Em uma retomada da *força normativa da Constituição*, é dever destacar os escritos de Konrad Hesse, elaborados a partir de 1950 e marcados com indelével influência de R. Smend, H. Heller, R. Bäumlín, W. Kági e H. Ehmke; em uma busca da superação da crise do Estado Constitucional. Em seu texto *Conceito e Qualidade da Constituição*¹³³ K. Hesse a define como *formação de unidade política* ressaltando a existência de tensões sociais a serem relevadas quando da elaboração constitucional de forma a se possibilitarem *aberturas* através de preceitos detentores de certa *amplitude e indeterminação* próprios para a adoção de uma *dialética* entre *rigidez* e *mobilidade* do texto magno. A força normativa da constituição esta, desta forma, na sua capacidade de *concretização* ou *atualização* entre a norma e a realidade concreta.

Especificamente, conceituando Constituição, K. Hesse ensina:

Constituição é a ordem jurídica fundamental da Comunidade. A Constituição fixa os princípios dirigentes em relação aos quais se deve formar a unidade política e se devem assumir as tarefas do estado. Contem os procedimentos para resolver os conflitos no interior da Comunidade. Regula a organização e o procedimento de formação da unidade política e a atuação estatal. cria as bases e determina os princípios da ordem jurídica em seu conjunto. Em tudo isso é, a Constituição, 'o plano estrutural básico, orientado a determinados princípios de sentido para a conformação jurídica de uma Comunidade'.(...)

Constituição estabelece os pressupostos de criação, vigência e execução das normas do resto do ordenamento jurídico, determinando, amplamente, seu conteúdo, converte-se em um elemento de unidade do ordenamento jurídico da Comunidade em seu conjunto, no seio do qual vem a impedir tanto o isolamento do Direito Constitucional de outras parcelas do Direito como entre elas mesmas. (em espanhol no original).¹³⁴

Não obstante a consagração dos autores citados, é imperdoável não referir à maestria de

¹³¹ Op. cit. p. 299.

¹³² Op. cit. p. 307.

¹³³ KONRAD HESSE. *Escritos de Derecho Constitucional* (Selección) Op. cit. p.1-32.

¹³⁴ Op. cit. pp. 16-17.

J.J.Gomes Canotilho para quem Constituição *é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político*¹³⁵.

Habilmente, o autor refere ao paradigma do *informal* como estado *Constitucional informal* para chamar a atenção entre o *refluxo do político* e o *refluxo do jurídico* afirmando que (...) *no âmbito político, assiste-se ao refluxo da política formal (do estado, dos parlamentos, dos governos, das burocracias, das formações sociais rigidificadas); no domínio jurídico, o espetáculo é o refluxo jurídico (deslocação da produção normativa do centro para a periferia, da lei para o contrato, do Estado para a sociedade)*¹³⁶.

Desta forma a interação entre o *refluxo político* e o *refluxo jurídico* tem levado, hodiernamente, a *des-oficialização, a des-codificação e à deslegalização*, conforme, ensina, o Professor luso. Não é impossível, a partir destas três idéias observar o chamado fenômeno social de caráter econômico-jurídico-político da *flexibilização* institucional e regulamentar; situação que fica evidente na LaE. Continua o Mestre:

*O trânsito para a ideia de Estado Constitucional informal ganha, neste contexto, transparência: se a regulamentação jurídica formal deve ser substituída por outros mecanismos (ex.: econômicos) ou por estruturas informais (ex.: tribunais de leigos), então também o direito constitucional formal se deve retirar da vida e da política para, num dinâmico processo público aberto, incorporar, preferencialmente, regras não cristalizadas na constituição escrita ou em quaisquer outros textos jurídicos.*¹³⁷

Canotilho, portanto, vê, na Constituição, um sistema aberto de regras, princípios e de normas programáticas a serem interpretados através de uma metódica jurídico-constitucional de concretização.

No ensinamento de autores pátrios, podem ser observadas importantes contribuições para uma Teoria da Constituição, em especial, quanto a sua conceituação e de Poder Constituinte.

O preclaro mestre Paulo Bonavides ensina que Constituição, em seu sentido político e material *é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais.*¹³⁸

¹³⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Op. cit. p.12.
Para maiores informações ver Op. cit. Cap. 3.

¹³⁶ Op. cit. p.21.

¹³⁷ Op. cit. p.21.

¹³⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p. 63.

Ao diferenciar o conceito material do conceito formal de Constituição, chama a atenção para a matéria regulada; por vezes, *disposições de teor aparentemente constitucional*, porém, assim o sendo, *de modo impróprio, formalmente, e não materialmente*, uma vez que não referem, especificamente, aos *pontos cardeais da existência política*, como é o caso da *forma de Estado*, da *natureza do regime*, da *moldura e competência do poder*, da *defesa, conservação e exercício da liberdade*. Dessa forma, tais normas, para serem alteradas devem ser submetidas a um processo dificultado, aliás, *essa 'forma difícil' de reformar a Constituição ou de elaborar uma lei constitucional, distinta pois da 'forma fácil' empregada na feitura da legislação ordinária - cuja aprovação se faz em geral por maioria simples, com ausência daqueles requisitos - caracteriza a Constituição pelo seu aspecto 'formal'*¹³⁹.

Do exposto, é inferido que as constituições podem ser rígidas ou flexíveis conforme o processo de reforma seja mais complicado e solene.

Outro aspecto de suma importância para o Direito, e, em especial para o Direito Constitucional que refira ao aspecto econômico, é o costume. As Constituições costumeiras ou consuetudinárias, diferentemente das constituições escritas, se fundam no *costume constitucional*, enquanto, as constituições escritas: *leis postas em documentos formais* se apresentam, tecnicamente, sob duas formas a saber: *Constituições codificadas e Constituições legais*.

Enquanto as constituições codificadas estão *contidas inteiramente num só texto, com os seus princípios e disposições, sistematicamente ordenados e articulados em títulos, capítulos e seções, formando em geral um único corpo de lei*, apresentando *preâmbulo, parte introdutória, parte orgânica, a parte dogmática e uma parte de disposições gerais ou finais, acrescida não raro de algumas disposições transitórias*¹⁴⁰; as constituições legais ou constituições escritas *não formais* são as escritas que se apresentam esparsas ou fragmentadas em vários textos.

Quanto à teoria do poder constituinte, P. Bonavides ensina tratar, o assunto, de uma *teoria da legitimidade do poder* em que se opõe, *ao poder decadente e absoluto das monarquias de direito divino, (...) a razão humana* tanto quanto, ao mesmo tempo, se substitui *Deus pela Nação como titular da soberania*.¹⁴¹ Decorrente da distinção

¹³⁹ *Op. cit.* p. 65.

¹⁴⁰ *Op. cit.* p. 70-71.

¹⁴¹ *Op. cit.* p. 120.

fundamental entre poder constituinte e poderes constituídos é que surgem as chamadas constituições rígidas, bem como, o dogma de uma soberania a ser exercitada mediante instrumentos constitucionais capazes de limitarem o exercício do poder. A teoria do poder constituinte associada com o conceito formal de constituição dimensiona, juridicamente, as instituições produzidas pela razão humana; separando o poder constituinte dos poderes constituídos e se tornando ponto crucial no constitucionalismo do final do século XVIII e primeira metade do século passado.

O poder constituinte, distinto dos poderes constituídos, é do povo, exercido por representantes especiais conforme prévia convenção. Neste sentido, já, Sieyès ensinava que a sociedade o poderia exercer de modo direto através de seus membros individuais ou mediante representantes, sendo-lhes vedado o exercício de toda a atribuição que coubesse aos poderes constituídos.

O poder constituinte pode ser originário ou constituído, também chamado derivado. Enquanto o primeiro cria a constituição liberto de limites formais sendo *essencialmente político ou extra-jurídico*; o segundo está *inserido na constituição, é órgão constitucional, conhece limitações tácitas e expressas, e se define como poder primacialmente jurídico, que tem por objeto a reforma do texto constitucional*¹⁴².

Em sua noção política, o poder constituinte, conforme, mesmo, à Sieyès, reflete a vontade da nação. É o poder que tudo pode. Ao fazer a Constituição, não se autolimita pois é a expressão livre da vontade nacional. De fato, a constituição obriga os poderes constituídos mas não obriga o poder constituinte; ela institui o governo, distribui competências, separa os poderes, armando-os de prerrogativas, sem, contudo, constituir a própria nação nem o corpo político, sempre soberanos para modificá-la.

Enquanto, politicamente, o Poder Constituinte, por ser responsável pela tarefa extra-jurídica de criação da Constituição, é um poder *supra legem* ou *legibus solutus* ao qual todos os poderes constituídos, necessariamente, devem estar submetidos; juridicamente, implica na existência, prévia, de uma organização constitucional da qual, legitimamente, emana, qual um a *posteriori* em relação à constituição, que é um *prius*. Manifesta-se, o poder constituinte, no caso da representação popular, através de determinados órgãos com caráter representativo tais como uma *assembleia especial - a Convenção -*, o *corpo de cidadãos - no caso do referendium*

¹⁴² *Op. cit.* p. 125.

- ou um poder constituído - o Parlamento¹⁴³.

Uma vez elaborada a Constituição, é tarefa do *poder constituinte derivado mantê-la em conformidade com as expectativas de seus autores e destinatários*. Este poder, no entanto, conforme ensina P. Bonavides, *se reparte entre dois novos poderes constituintes : o poder constituinte derivado, que está na Constituição mesma , é jurídico e padece limitações ; e outra forma de poder constituinte originário , aliás o segundo desta espécie, o qual, não tendo titularidade definida , é difuso, anônimo e político*¹⁴⁴.

Desta idéia de poder constituinte derivado, surge o poder de reforma constitucional de forma a ser possível o acompanhamento, por parte do Texto Constitucional, da realidade social. Lembrando, ainda, Sieyès, a reforma constitucional é possível em função da distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, uma vez que, as leis constitucionais, obra do poder constituinte, fazem obrigatórios os poderes constituídos e não a Nação. O poder de reforma constitucional é poder limitado explícita ou implicitamente pela própria constituição, ainda de forma temporal, circunstancial - conforme a *vida de um País* - ou material - conforme ao objeto da reforma.

O Poder originário Constituinte apresenta, pois, três características fundamentais: é inicial, é limitado em face do direito positivo - para os positivistas, é soberano já que para *ser direito* tem de ser positivado, para os jusnaturalistas; é autônomo, uma vez que não é limitado pelo Direito positivo e, sim, sujeito ao Direito natural - e, por fim, é incondicionado. Embora o Poder Constituinte não queira, *a priori*, modificar o Direito que institui, antevê a possibilidade de sê-lo feito através da revisão constitucional.. Esse Poder instituído goza de um Poder Constituinte derivado do Originário subdividido em Poder de Revisão e Poder Constituinte dos Estados-membros de um Estado Federal.

Quanto à competência para proceder à revisão, algumas constituições a atribuem somente ao Executivo, outras ao Legislativo, outras à ambos, e ainda à órgãos especiais. José Afonso da Silva distingue reforma, de revisão e de emenda da seguinte forma:

Reforma : é o processo formal de mudanças das constituições rígidas , por meio de atuação de certos órgãos , mediante determinadas formalidades , estabelecidas nas próprias constituições para o exercício do poder reformador. É qualquer alteração do texto constitucional, é o caso genérico que engloba a emenda e a revisão.

Revisão é uma alteração ancxável , exigindo formalidades e processos mais lentos e dificultados que a emenda , a fim de garantir uma suprema estabilidade do texto constitucional. (4)

Emenda é a modificação de certos pontos , cuja estabilidade o legislador constituinte não considerou tão grande como outros mais valiosos, se bem que submetida à obstáculos e formalidades mais difíceis que os exigidos para a alteração das leis ordinárias¹⁴⁵.

¹⁴³ Op. cit. p. 128.

¹⁴⁴ Op. cit. p. 162.

¹⁴⁵ SILVA, José Afonso da . *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Op. cit. p. 57.

A economia de um país, tal qual sua ordenação política, principalmente a partir do início do século XX, passou a ser objeto de constitucionalização por parte do Poder Constituinte que procurou aparelhar o Texto Magno com ditames caracterizadores do tipo de sistema econômico-social ideologizado pela sociedade. Geralmente, os textos voltados à caracterização da ordem econômica são programáticos na medida em que instituem os princípios e regras amplos e balizadores do proceder em sociedade possibilitando toda uma legislação infra-constitucional a complementar suas premissas.

Com a idéia de legitimação, em um texto constitucional, próprio do Estado de Direito, dos diversos aspectos da vida social, intente-se, pois, um estudo sobre a constitucionalização do econômico.

3.6.2 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA.

Ao lado da constitucionalização de caráter eminentemente político se desenvolveu a chamada *constituição econômica* a estabelecer a ordem jurídica fundamental da atividade econômica de forma a determinar, neste aspecto, as relações envolvendo o Estado e os agentes privados no processo econômico.

Para determinação do conceito de constituição econômica são necessários, o conceito de Estado bem como a verificação da íntima relação do Direito como a Economia. Quanto ao primeiro, além do já exposto, deve ser lembrado que refere ao ente de caráter público caracterizado por seus elementos clássicos: território, povo e poder politicamente organizado voltado à consecução do bem - estar social e, no que diz respeito à interação Direito e Economia, deve ser feita alusão ao fato de que, já na origem do próprio Estado-Nação e da estipulação de fronteiras e regras jurídicas, era verificada a influência da atividade econômica organizada.

Os sistemas econômicos, estão embasados em ordens jurídicas respectivas que os dão existência e, ao mesmo tempo, são, por eles, estruturadas de forma dialética - lembre-se, exemplificativamente, dos posicionamentos de Marx e de Stammler. Resulta, então, que, para estruturar o conceito de constituição econômica, de especial importância é delimitar o tipo de organização ou sistema econômico verificável no Estado em questão. A interação fato-norma ou fenômeno econômico-social e político-jurídico trata de evidenciar o dinâmico fluxo e

refluxo de influência entre a realidade fática econômica e a idealização jurídica desta realidade de forma a regular o fato social e organizar, juridicamente, a sociedade¹⁴⁶.

Vital Moreira observa que a expressão *constituição econômica*, assumiu, inicialmente, idéia, na literatura econômica, de *estrutura ou sistema econômico* tido este como conjunto de *elementos estruturais que determinam as leis e condicionam o processo de evolução da economia*¹⁴⁷

O conceito e importância do constitucionalismo econômico toma destaque após a Primeira Grande Guerra mundial quando em meio à crise do sistema capitalista de cunho liberal, se instituiu, como realidade, a intervenção do Estado na economia, urgindo, em decorrência, a necessidade de delimitação constitucional de sua atuação e o conseqüente fortalecimento da idéia de democracia econômica. Assim, em última análise, a Constituição Econômica determina o tipo de organização político-econômica que oscilará entre sistemas libertário-democráticos - economia de mercado - e sistemas socializantes - dirigidos e politicamente centralizados - perpassando todas as possibilidades entre estes dois extremos conforme seja verificada maior ou menor liberdade de ação para os agentes econômicos. Caracteriza-se, então, por se tratar de uma opção política fundamental idealizadora das atividades econômicas de forma programática, mas inexoravelmente ligada à realidade econômico-social. Neste sentido E.R. Huber lembra que a *constituição econômica é um sistema de normas que consciente e intencionalmente regulam, segundo princípios jurídicos unitários, a ordem dos bens, forças e funções econômicas*, de forma que, *não basta que numa comunidade organizada em estado existam normas legais ou consuetudinárias determinantes dos direitos ou das relações jurídicas dos sujeitos econômicos; é necessário que a estrutura (Gebilde) econômica seja conscientemente fixada e vinculatoriamente ordenada através de um sistema de normas de grau superior*.¹⁴⁸

Decorrem da constitucionalidade econômica duas idéias básicas a saber: constituição ordenadora da atividade dos agentes econômicos e delimitadora dos princípios e fundamentos axiológicos de estruturação da atividade econômica justa. A justicidade de uma constituição econômica está em sua conformidade com o tipo de decisão político-econômica adotada pela

¹⁴⁶ No mesmo sentido, ver in MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. Op. cit., _____. *Economia e Constituição*. Coimbra : Faculdade de Direito, 1974. pp. 14-15 e EUCKEN, Walter. *Cuestiones Fundamentales de la Economía Política*. Trad. de I. Illig Lacoste. 2º ed. esp. Madrid : Alianza, 1967. p. 321.

¹⁴⁷ MOREIRA, Vital *Economia e Constituição*. Op. cit. pp. 19.

¹⁴⁸ *Apud Op. cit.*, pp. 25-26.

comunidade¹⁴⁹, incorrendo, então, ser uma ordem fundamental da economia de forma a determinar a estrutura ordinário-normativa do sistema econômico.

Juntamente com J.J.Gomes Canotilho Vital Moreira expressa que:

(...) constituição econômica trata-se do conjunto de normas e de princípios constitucionais que caracterizam basicamente a organização econômica, determinam as principais regras do seu funcionamento, delimitam a esfera de ação dos diferentes sujeitos econômicos, prescrevem os grandes objetivos da política econômica, enfim, constituem as bases fundamentais da ordem jurídico-política da economia.¹⁵⁰

De outra forma, é importante lembrar que os conceitos de constituição econômica ora estão vinculados à participação estatal na economia de forma a determinar um Direito Administrativo Público Econômico, ora determina a atuação dos agentes econômicos estruturando, assim, um verdadeiro estatuto da empresa. Entretanto, fundamentalmente, deve ser interligado seu conceito com a estruturação do sistema econômico adotado, ainda, sendo relevado que, não traduz, a ordenação econômica, cópia exata deste último, pois, em verdade, existe inevitável hiato entre o mundo real e o mundo ideal que deve ser considerado.

A Constituição Econômica se ocupa, então, basicamente, com a inserção, no Texto Magno, de disposições sobre a ordem econômica que reflitam a realidade vigente e concreta bem como o ideal do legislador constituinte. Trata-se de sistematização da eterna dialética entre o *ser* e o *dever ser* em termos econômicos; fato, que não permite, assim, fixações legislativo-constitucionais intolerantes às mudanças sociais, mormente, em área tão dinâmica quanto à econômica.

Ponto de crucial importância passa a ser, portanto, no definir da constituição econômica, o seu conteúdo sendo, desta forma, imprescindível a sua análise sob o ponto de vista formal e material.

3.6.2.1. O CONTEÚDO ECONÔMICO NAS CONSTITUIÇÕES :

Discute-se da inserção ou não do conteúdo econômico em uma constituição. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, constituem objeto da Constituição econômica, *as normas jurídicas básicas que regulam a economia, disciplinando-a, e especialmente controlam o*

¹⁴⁹ No sentido de verificar o conceito de Constituição econômica apenas voltado à ordem econômica instituída por decisão política global ver Walter Eucken que afirma : Por 'Constituição econômica' entendemos a decisão total sobre a ordem da vida econômica de uma comunidade.(em espanhol no original) in EUCKEN, Walter. *Cuestiones Fundamentales de la Economía Política*. Op. cit. p. 89 e ss.

¹⁵⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Op. cit. p 147.

*poder econômico, limitando-o, com o fito de prevenir os abusos.*¹⁵¹ Este autor fala de uma Constituição Econômica dentro da Constituição *lato sensu*; enquanto outros como Pinto Ferreira não admitem a existência de duas Constituições - uma política e outra econômica.

Resulta, então, ser relevante diferenciar constituição formal e material; já que se deve levar em conta o sentido jurídico da expressão. Para Manoel Gonçalves F. Filho, a primeira é o *conjunto de normas que, incluídas na Constituição, escrita, formal do Estado, versam o econômico* enquanto a segunda *abrange todas as normas que definem os pontos fundamentais da organização econômica, estejam ou não incluídas no documento formal que é a constituição escrita.*¹⁵²

Em termos de conceito material de constituição, é discutível a consideração exclusiva das normas formalmente constitucionais ou a possibilidade de ser considerado o conjunto normativo-econômico como integrante da constituição econômica. Uma vez considerada como conjunto de normas fundamentais que determinam a forma estrutural de um sistema econômico e suas relações de produção, a constituição econômica é tida como material. De outra modo, consideradas apenas as disposições formais do texto constitucional em detrimento de toda a ordenação jurídica de caráter econômico infraconstitucional, tem-se o sentido formal de constituição econômica. O assunto assume importância na medida em que não existe, em termos econômicos, uma real possibilidade indicativa dos temas a serem constitucionalmente formalizados no texto fundamental, assim como, não existe hierarquia evidente nas disposições normativo-estruturantes de um sistema jurídico.

Ao que tudo indica, então, é adequada a posição de Vital Moreira em notar a menor importância do texto constitucional formal em função da prévia existência de um fundamento princípio-normativo latente e apriorístico inserido na estrutura do próprio sistema econômico¹⁵³. Assim, há uma forte tendência a considerar a constituição econômica como somatório dos preceitos formalmente constitucionalizados e não constitucionalizados fundamentantes da economia.

Chama-se a atenção quanto aos elementos essenciais da constituição econômica material; quais sejam : *a) a definição do tipo de organização econômica, que de perto se relaciona com 2) a delimitação de campo entre a iniciativa privada e a pública e 3) a determinação do regime básico dos fatores de produção, capital e trabalho, tudo isto enunciado pela*

¹⁵¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p. 6.

¹⁵² Op. cit. p. 6 e 7

¹⁵³ MOREIRA, Vital *Economia e Constituição*. Op. cit. pp. 69-74.

4)finalidade atribuída à atividade econômica.¹⁵⁴

De outra parte, é importante lembrar a respeito do que é realmente - ou materialmente - econômico dentro do Direito. Trata-se de verificar a relação entre o fenômeno e a norma. Ora, a ciência econômica explica os fatos econômicos ocorridos na sociedade que por sua vez devem ser regulamentados pelo Direito. Assim, quando a ação econômica é regulamentada temos o conteúdo do Direito Econômico. Frize-se, no entanto, que muitos outros ramos do Direito tratam do econômico. De outro lado, seja observado que nem todos os aspectos tratados como econômicos pela Constituição Brasileira são, da mesma forma, tratados por outras constituições.

Decorrente da especialização dos conteúdos constitucionais, é o problema da aceitação e inserção da constituição econômica na constituição política. Esta última ocupada com a estipulação dos princípios de convivência entre Estado e sociedade privada não pode delimitar a primeira para que, também, assim o faça de forma a excluir as possibilidades de serem estipulados princípios quanto às relações entre particulares.

Do exposto, pode ser inferido que, a constituição econômica fundamenta ou determina a principiologia ou decisão política¹⁵⁵ que orienta - de forma programática ou diretiva¹⁵⁶ - a ordem jurídica da economia - conjunto normativo e jurídico-institucional voltado às relações econômicas abrangendo os diversos ramos do conhecimento jurídico e os planos jurídicos público e privado - determinando, tal ordem econômica, a Ordem Pública da Economia e o Direito Econômico.

Delimitadas as idéias de constituição formal e de constituição material, resta analisar as possibilidades de ambas. No que concerne à primeira, pode ser estruturada, conforme a ordem econômica verificada entre um extremo liberalismo e a total centralização; enquanto, em relação à segunda, pode ser estruturada segundo normas diversas de caráter fundamentante da economia, inclusive, dentro da perspectiva de um Direito Econômico. Decorre, então, que a constituição formal pode ser vista como constituição *quadro de ordem*, nos dizeres de Vital Moreira ¹⁵⁷ ou constituição *dirigente e programática* conforme a fala de Canotilho¹⁵⁸ de

¹⁵⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p. 8

¹⁵⁵ De conformidade com o ensinado por Carl Schmitt, em sua Teoria da Constituição, quando toma, esta, como decisão política: *Constituição é a concreta situação de conjunto da unidade política e ordenação social de um certo estado (...)* (em espanhol no original). Ver in SCHMITT, Carl. *Teoria de La Constitución*. Op. cit. pp. 3-5.

¹⁵⁶ A Constituição Econômica pode ser vista como constituição dirigente conforme a visão do ínclito ensinador J.J. Gomes Canotilho Ver in CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador : contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra, 1994. pp. 149 e ss.

¹⁵⁷ MOREIRA, Vital *Economia e Constituição*. Op. cit. pp. 90.

tal forma que se apresente como uma orientação geral e delineadora do ordenamento da atividade econômica a despeito de não explicitar todas as matizes do sistema econômico adotado, mas, efetivamente, emoldurar as premissas dirigentes do econômico; sendo preenchidas, as lacunas constitucionais¹⁵⁹, conforme a interpretação sistemática do todo constitucional, a legislação infra-constitucional ou, ainda, segundo a disposição reformadora do Texto Máximo por parte do legislador reformista. Asseguram-se assim, os ditames constitucionais de forma a definir concretude e exequibilidade ao Texto Constitucional, conforme ensina Canotilho¹⁶⁰

3.6.2.2. A DEMOCRACIA ECONÔMICA EM MEIO À "PRÁTICA" POLÍTICA BRASILEIRA

Intendendo-se o conteúdo democrático da Constituição como corolário de um Estado de Direito, o tema refere ao exercício do Poder Econômico, com destaque para o caso Brasileiro.

Intenta-se, desta feita, demonstrar de forma sucinta, os principais aspectos relativos ao exercício do Poder Econômico de forma autoritária ou democrática segundo a sucessão de fatos históricos bem como levando-se em conta a institucionalização do sistema econômico capitalista através, inclusive, de sua constitucionalização no Brasil.

No decorrer do estudo ficam evidentes quais os ditames ideológicos dos sistemas político-econômicos alternativos difundidos na realidade nacional sendo evidenciados, ainda, os caracteres denunciadores de uma prática econômica autoritária ou ainda evidenciadora de uma democracia econômica.

O Estado, inserido na economia determina o sistema econômico, delineando, ainda uma política que pode se apresentar autoritária ou democrática, conforme o grau de

¹⁵⁸ Canotilho tem, na constitucionalização, um 'sistema aberto' de regras e princípios a serem interpretados conforme o Princípio da Unidade da Constituição. Ensina tratar, a Constituição, de 'sistema aberto' porque tem uma 'estrutura dialógica', (Caliess) traduzida na disponibilidade e 'capacidade de aprendizagem' das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da 'verdade' e da 'justiça'. Ver in :CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Op. cit. p.165.

Quanto à programaticidade das normas, Canotilho ensina sobre a sua importância no Direito Constitucional moderno e a necessidade de concretizá-las em virtude da eficácia vinculativa que lhes são inerentes. Ver in CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Op. cit. . p.184 e _____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* : Op. cit. 1994.

¹⁵⁹ Max Weber ensina: Muitas vezes, a constituição contém lacunas (gaps), especialmente no que respeita a questões fundamentais . às vezes, essas lacunas são deixadas intencionalmente. Isso acontece simplesmente porque a parte (partido) ou partes interessadas, que exerceram influência decisiva na preparação da constituição, esperavam vir a ter a força suficiente para controlar aquela parte da ação da comunidade. Ver in WEBER, Max . *Economia e Sociedad*, Op. cit. p. 32.

¹⁶⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional* Op. cit.. pp. 216-225.

intervencionismo. Althusser afirma mesmo que: *o uso dos aparelhos ideológicos e repressivos do Estado tem como fins a manutenção e reprodução das forças produtivas e das relações de produção existentes*¹⁶¹.

Evidencia-se, a via autoritária, através do uso arbitrário dos aparelhos ideológicos e repressivos de Estado sobre a estrutura ¹⁶² na qual imperam as relações econômicas; ainda, sendo, historicamente, mantido o poder por parte do capital hegemônico ora através da repressão econômica, ora através da persuasão ideológica. Entretanto, o difícil é avaliar o grau de sacrifício a que deve ser submetida a sociedade civil em nome de um ideal desenvolvimentista que, muitas vezes, encoberta mesquinhos interesses da classe dominante muito bem aparelhada conforme é sabido.

Enfrenta-se, aqui, duas formas de abuso da democracia econômica: o autoritarismo do Estado intervencionista¹⁶³ e o abuso do Poder Econômico por parte dos agentes pertencentes à sociedade civil no Sistema Econômico Brasileiro; sendo utilizada, para tanto, uma análise sucinta do desenvolvimento econômico nacional e de seu ordenamento constitucional como suporte instrumental da prática democrática ou autoritária na condução da vida econômica nacional. A história econômica e história constitucional econômica são primorosas fontes de discussão do assunto que pode ser tratado à luz do pensamento socializante de Althusser, Hirschman, Simon Schwartzman, Gramsci e Bernstein dentre outros.

A questão principal gira em torno da associação da idéia, e valor maior, democracia com as ideologias liberais e socialista; sendo verificado, nesta interação, o exercício do Poder Econômico que oscila entre a real pragmática democrática e o autoritarismo privilegiador de poucos em ambos sistemas.

Em busca da solução do problema econômico e de uma democracia econômica, juristas e economistas divergem em suas práticas com o intuito de regular o econômico. No Brasil, José Eduardo Faria lembra o fato. Escreve ele:

As relações entre os economistas (...) e os juristas (...) não têm sido, no Brasil contemporâneo, das mais tranquilas. Muitos desses juristas costumam acusar os economistas que têm trabalhado para nossos governos de, nos seus diferentes planos de estabilização da moeda e programas de desenvolvimento, desprezarem sistematicamente as liberdades públicas e os direitos individuais. Esses

¹⁶¹ ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos Ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado (AIE)*. trad. de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro : introd. e crítica de José Augusto Guilhon Albuquerque 6. ed. Rio de Janeiro : Graal, 1992. p. 54.

¹⁶² Conforme Marx que *concebe a estrutura de toda a sociedade como constituída por "níveis" ou "instâncias" articuladas por uma determinação específica : a infra-estrutura ou base econômica ("unidade" de forças produtivas e relações de produção) e a superestrutura , que compreende dois "níveis" ou "instâncias" : a juridico-política (o direito e o Estado) e a ideologia. Ver in ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos Ideológicos de Estado: Op. cit.* p. 60.*

¹⁶³ Poulantzas destaca que o conjunto das operações do Estado se reorganiza atualmente em relação a seu papel econômico "ocasionando transformações institucionais que afetam o conjunto dos aparelhos do Estado". Por outro lado, detecta a dependência do aparelho estatal em relação ao elemento econômico visto por ele como "interesses do capital", ver in POULANTZAS, Nicols. *O Estado, O Poder, O Socialismo*. Trad. Rita Lima. 3. ed. Rio de Janeiro : Graal. 1990. p.193.

economistas, por sua vez, reagem acusando os juristas exclusivamente preocupados com os "direitos dos contribuintes" de não compreenderem a essência do processo econômico e sua racionalidade sistêmica¹⁶⁴.

Assim, efetivamente, tem que ser estudada a questão da dicotomia Direito/Economia ou mais precisamente a lógica de legitimidade jurídica e a lógica da *governabilidade* ou de uma *raison d'État*. É a procura de uma solução para a transição democrática brasileira pelo processo político vivido nos anos oitenta.

Procura-se, por fim, a efetiva institucionalização dos preceitos Constitucionais vigentes que evite os descabimentos autoritários em nome de uma intervenção estatal no domínio econômico *justificada* por pretensa *estabilização econômica*, segundo uma *ética da convicção* (os fins justificam os meios)¹⁶⁵.

O Constitucionalismo Brasileiro, como norma fundamental do Estado, instituiu em 1988 ditames de ordem política, econômica e social. Quanto ao aspecto econômico, dentre outras intenções, esteve presente o desiderato de delimitar a atuação - poder - do aparelho estatal resguardando a liberdade dos agentes econômicos - pertencentes à sociedade civil. Objetivou-se, uma prática econômica dita capitalista-liberal.

A liberdade econômica se apresenta intimamente ligada à liberdade política; Manoel Gonçalves Ferreira Filho é feliz em elucidar que :

(...) a liberdade não pode ser apenas política, sob pena de não vingar. A liberdade política não prescinde da liberdade econômica, que a alimenta e respalda na vida de todos os dias. E, por outro lado, a liberdade econômica pouco sobrevive à perda da liberdade política, pois o autoritarismo contemporâneo sempre expande a atuação estatal na economia. Daí o vínculo entre liberdade política e liberdade econômica, (...)166.

O liberalismo, como orientação do capitalismo, repudia o poder abusivo seja ele da sociedade civil ou do poder político estatal que, antes de mais nada, deve ser mediador de interesses; por outro lado, a orientação socializante moderna não se afasta da prática democrática quando, por exemplo, institucionaliza o orçamento participativo como forma de um atuar, por parte do Estado integrado com a vontade popular. Ambos posicionamentos político-econômicos primam por um Estado eficiente e respeitador do indivíduo enquanto agente dentro das diversas formas de organização das atividades econômicas.

O que ocorre, entretanto, é que tanto na economia de mercado - expoente institucional de um sistema não autoritário de regulação da economia - como nos sistemas socializantes - cuja

¹⁶⁴ FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. Op. cit. p.9.

¹⁶⁵ Maquiavel apresenta este pensamento da seguinte forma: *Faça, pois, o príncipe tudo para alcançar e manter o poder; os meios de que se valer serão sempre julgados honrosos e louvados por todos, porque o vulgo atenta sempre para aquilo que parece ser e para os resultados*. in MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Op. cit. p.113.

¹⁶⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, Op. cit. p. 27.

economia é dirigida - fica evidente e necessária a atuação estatal no domínio econômico, na medida em que, de um lado, é verificada a disciplinada da produção bem como do consumo corrigindo distorções e, de outro, evita os inconvenientes de uma planificação que desconsidere os anseios populares. Poulantzas afirma que a única maneira de evitar o estatismo no regime socialista consistiria em...

...fazer com que ele (o Estado) fosse controlado de fora pelas massas populares e pelos dispositivos de democracia direta na base, em suma flanquear este aparelho econômico, inalterado no essencial, por contra-poderes autogestores e fazer com que os tecnoburocratas fossem vigiados pelas massas¹⁶⁷.

Nos ditos sistemas liberais, prevalece a lição de Montesquieu no seu *L'esprit des Lois* levando por consequência ao sistema de *check and balance*. como necessidade irrefutável uma vez que parece ser *uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a dele abusar: vai até onde encontra limites(...)* e, portanto, *para que não se possa abusar do poder, é preciso que , pela disposição das coisas , o poder detenha o poder*¹⁶⁸.

De qualquer forma, o objetivo final das políticas contentoras do exercício do poder deve ser, sempre, a implementação da democracia econômica visando ao bem-estar e a justiça social que pode ser alcançada tanto na livre economia de mercado como em uma práxis socializante, na medida em que a democracia seja implementada e, ao mesmo tempo, superada dialeticamente pela vontade expressa da maioria social¹⁶⁹.

Segundo Wolkmer, para o entendimento de um sistema ou de uma sociedade se deve:

Privilegiar , numa análise , uma dada instância ou elemento fenomênico (Estado, Direito, etc.) como expressões da vida produtiva organizada implica refletir sobre a especificidade da formação social (...), o modo de produção da riqueza(...), a ideologia como doutrina (...) e, finalmente, sobre a configuração do modelo de organização político-institucional(...)¹⁷⁰.

No caso Brasileiro, analisar o fenômeno da prática econômica exige levar em conta a existência de uma sociedade dividida e desigual em que coexistem a classe dominante, proprietária, ao lado da classe dos excluídos em um sistema de produção capitalista embasado na ideologia liberal-individualista, porém, com grande presença do elemento estatal centralizador. É bem verdade que diversas foram as fases desse capitalismo: mercantil, comercial-industrial, financeiro, substitutivo de importações e, atualmente globalizante.

167 POULANTZAS, Nicols. *O Estado, O Poder, O Socialismo*. Op. cit., p.228.

168 MONTESQUIEU, *L'esprit des Lois*. Coleção Os Pensadores. São Paulo : Abril Cultural. 1973. Livro XI, Cap. IV .p. 156.

169 Neste sentido , Francisco C. Weffort afirma : *Temos o direito de preferir o socialismo ou o capitalismo como caminho para o desenvolvimento. Mas, em qualquer hipótese, entendemos o desenvolvimento como uma condição para a conquista de uma vida mais digna . (...)Temos todo o direito de preferir uma democracia liberal ou socialista. Ver in WEFFORT, Francisco. Por que Democracia ? 4. ed. São Paulo : Brasiliense . 1986.p. 61.*

170 WOLKMER, Antonio Carlos . *Pluralismo Jurídico - Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito*. São Paulo : Alfa-Omega, 1995. p.21.

Deve ficar evidente que, no Brasil, predominou um Estado patrimonialista centralizador, inicialmente, explorado como colônia pelo imperialismo internacional. Produziam-se, nos diversos ciclos econômicos, cana de açúcar, produtos da pecuária e ouro, entretanto sempre com uma práxis submissa ao capital internacional. Fatores como a Revolução Francesa e a vinda da família real portuguesa para o Brasil contribuíram sobremaneira para o desenvolvimento de ciclos econômicos tais como a produção de borracha, café, cacau e algodão.

Evidenciaram-se duas práticas: o modelo de produção primário-exportador e a centralização estatal na direção da política econômica pela Metrópole Portuguesa e, posteriormente, pelo poder monárquico.

Em um primeiro momento, no período republicano, a economia nacional ainda embasou-se em produtos primários a serem exportados, no endividamento externo e na política *café com leite*; forma de autoritarismo político-econômico por parte de São Paulo e Minas Gerais na disputa pelo governo político. Posteriormente desenvolveu-se a política industrialista de substituição de importações. Destaque-se, ainda, após o *crash* da Bolsa de Nova Iorque e a depressão mundial, a crescente intromissão do Estado no domínio econômico¹⁷¹ com a implantação do Estado do Bem-estar Social.

Atualmente, predomina na Ordem Econômica, a ideologia neo-liberalizante do Estado-mínimo mediante privatizações e política *globalizante* com destaque para o integracionismo - Mercosul.

Resume-se o histórico atuar econômico do Estado Brasileiro como eminentemente intervencionista, ainda que encoberto por uma pseudo-democracia econômica constitucionalmente garantida. Como se já não bastassem os desmandos autoritários na própria órbita da sociedade civil, não raras vezes, a *ditadura da política econômica* foi *madrasta* com os agentes econômicos. Poulantzas afirma que, em termos gerais, na verdade, tal intervencionismo na órbita econômica ocorreu, sempre, dentro do sistema capitalista; pois é da natureza do Estado intervir no modelo econômico tal qual ocorre no caso Brasileiro uma vez que (...) *não existem praticamente funções econômicas que não possam ser preenchidas senão pelo Estado.*(...) *Desde o estabelecimento da infra-estrutura ou das "condições" materiais*

171 Para melhor elucidação sobre a vida econômica nacional, ver : AVELLAR, Hélio de Alcântara . *História Administrativa e Econômica do Brasil*. 2ª. ed. Rio de Janeiro : FENAME , 1976., CAIO PRADO JÚNIOR. *História Econômica do Brasil.*, 34ª ed. São Paulo : Brasiliense, 1986. _____. *Formação do Brasil Contemporâneo*. 6ª ed. São Paulo : Brasiliense, 1961. HADDOCK LOBO, R. *História Econômica e Administrativa do Brasil*. 17ª ed. São Paulo : Atlas, 1972 e MAGALHÃES FILHO, Francisco de B.B. de. *História Econômica*. 12ª ed. São Paulo : Saraiva, 1991.

gerais da produção (...) à gestão monetária, moradia, saúde, ensino(...).172 .

A Carta Magna Brasileira de 1988 acena, com ares democráticos apresentando princípios e fundamentos para a Ordem Econômica previstos em seu artigo 170:

Portanto, no Brasil, a prática liberal-capitalista e, em consequência, a economia de mercado e a livre iniciativa estão constitucionalmente garantidas como expressão democrática no uso do Poder econômico. De fato, esta garantida a possibilidade de ser explorada a atividade econômica, desde que segundo as leis Pátrias, de forma democratizada em busca do desenvolvimento nacional.

Entretanto, é possível questionar se o discurso Constitucional tem identificação com as práticas governamentais na medida em que o Estado, através de seus aparelhos ideológicos e repressivos fomenta uma presença paternalista no ambiente econômico e que, em muitas vezes, fere gravemente os direitos e garantias democraticamente instituídos. De qualquer forma ainda afirma quanto à intervenção do Estado, o artigo 173 do Texto Magno :

Art. 173 Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º. A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

§ 2º. As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º. A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º. A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º. A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular."

Legalizada está, então, a intervenção estatal no domínio econômico como agente explorador de atividade dentro das hipóteses previstas. Tal intervenção se dá através da administração direta e indireta, inclusive, através de monopólios que caracterizam, obviamente, atitude extremamente autoritária na medida em que não se permite a exploração, por particulares, de certas atividades, tais como, por exemplo, as ligadas ao refinamento de petróleo - artigo 177, II CF. O aparelho estatal, por outro lado ainda intervém na economia através da planificação veja-se o disposto no artigo 174 do Texto Magno:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado."

§ 1º. A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º. A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo .(...)

Portanto, o sistema econômico nacional segue o modelo capitalista, entretanto, segundo ditames do *Welfare-State*, em uma pragmática política intervencionista que prevê, para o Estado Brasileiro, além da intervenção direta como agente econômico, as funções de planejador e regulador da economia; fato que pode ser causa de grandes arbitrariedades. Considerada a estrutura de divisão e atuação dos Poderes Nacionais, bem como as inúmeras possibilidades para o Executivo legislar, inclusive através de medidas provisórias, realmente, pode verificar-se grande predominância e ingerência desse Poder na área econômica. A situação se torna mais grave quando é extrapolado o limite da legalidade, mesmo em função de uma pretensa legitimidade - como ocorreu no caso do Governo Collor.

Em matéria econômica, a medida provisória dá amplos poderes ao Executivo, que pode, mesmo no prazo de trinta dias levar a frente, despoticamente, planos de estabilização econômica que levem a agressão dos cidadãos detentores de direitos também consagrados pela própria Constituição.

O dinamismo do mercado, destarte, não espera a solução de impasses judiciais de maneira satisfatória, fato que acaba traduzindo em real perda patrimonial. Em nosso País a prática planificadora tem perdido popularidade devido ao descaso das autoridades para com a observação de mínimas garantias legais, levando a um alto custo social sem obtenção dos resultados almejados como a prática tem demonstrado. De qualquer forma, o País que já alcançou razoável sucesso na transição do autoritarismo burocrático para a democracia representativa, ainda *caminha a curtos passos* em direção à implementação de políticas públicas para solução dos graves problemas econômicos de forma responsável e coerente com vistas à *governabilidade*, sem contudo comprometer a liberdade social, os direitos e garantias constitucionais e, ainda, conseguindo uma harmonia entre a dimensão legal-racional e a eficiência econômica.

Hoje, as reformas constitucionais acenam com um Estado mínimo liberal desarticulador de atitudes xenófobas e de garantias sociais impostas legalmente e não acordadas pelas partes, incentivando-se a primazia dos agentes econômicos na solução de seus conflitos¹⁷³. Entretanto é de ressaltar que, até mesmo, no Texto Magno esta prevista a defesa do indivíduo,

¹⁷³ Seria casual tal estado de coisas; ou faz parte, tal liberalização e minimização do Estado, inclusive, no que diz respeito ao instituído em termos de Direito, de uma política, consciente ou inconscientemente, própria da flexibilização da ordem sócio-econômica; como, é visto, especificamente, no campo jurídico, em relação à LaE?

Mormente, com o desenvolvimento da indústria microeletrônica, a difusão dos meios da informática e a queda do muro de Berlim, em dezembro de 1989 desencadeando o fim da guerra fria, se instalou, no mundo, uma tendência liberal e globalizante. No Brasil, já no governo Collor, se tentou alternar o desenvolvimentista Modelo de Substituição de Importações pela abertura da economia em direção aos mega-mercados mundiais.

seja como consumidor, trabalhador ou empresário, na medida em que se coíbe o abuso do Poder Econômico. Neste sentido, também a Lei 8884/94¹⁷⁴ que trata da defesa da Ordem Econômica.

O que passa, então, é que tanto na atuação estatal como na dos próprios agentes econômicos, a usurpação do poder econômico traduz atitude autoritária contrária aos propósitos constitucionais. No campo estatal, sejam lembrados os períodos políticos ditatoriais e, mesmo a condução da economia através, não raras vezes, de decretos, medidas provisórias e decisões tomadas por pequenos grupos do executivo - quando não, isoladamente - que causaram sérios prejuízos para a Nação quando da implantação de políticas anti-inflacionárias extremistas, ora ortodoxas, ora heterodoxas, ora de *choque*; mediante práticas autoritárias de congelamento de preços, congelamento de poupanças, etc. Cite-se, v. g., os Planos Econômicos Brasileiros últimos, tais como Plano Bresser, Verão, Collor I e II e atualmente o recessivo Plano Real. Mesmo com a participação do Legislativo na condução da vida econômica tem-se uma *ditadura de interesses* em que as bancadas políticas defendem posições cartelizadas ruralistas, empresariais, etc.¹⁷⁵

No que concerne à atuação da sociedade civil brasileira, nos últimos trinta anos, tem-se que a sociedade política empresarial, em 1964, se uniu com o poderio militar implementando o controle da *máquina gerencial-estatal* chegando à transição para a abertura política, necessitando criar *pivôs político-ideológicos* incrementados intencionalmente; conforme se vê em René Armand Dreifuss:

Certos quadros dirigentes do empresariado começaram um esforço persistente para reativar ou criar organizações empresariais, tendo em vista a necessidade de continuar a influir nas decisões do governo (...) órgãos fora dos formatos tradicionais de associação patronal, isto é: não só envolvidas com análise, consultoria e lobby, mas também com o planejamento e a coordenação da ação política classista. (...) Entre os pivôs mais atuantes na (e da) área empresarial, vale mencionar a Câmara de Estudos e debates Sócio-Econômicos, o Instituto Liberal, a Confederação Nacional das Instituições Financeiras, a União Brasileira de Empresários e a União Democrática Ruralista.¹⁷⁶

Quando do Governo Collor¹⁷⁷, a iniciativa privada necessitou alcançar alto grau de competitividade em função das medidas econômicas internas concomitantes ao processo de globalização, em função da abertura do mercado interno para o capital e os produtos estrangeiros mais baratos e de qualidade superior, desconsiderando o custo social de

¹⁷⁴ BRASIL. Lei nº 8884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

¹⁷⁵ Veja-se, quando dos trabalhos da Constituinte, a respeito da elaboração da ordem econômica e da organização de lobbies bem como a concertação político-ideológica da classe empresarial dominante e as forças de direita in DREIFUSS, René Armand. *O Jogo da Direita na Nova República*. Rio de Janeiro: Ed. Vozes Ltda. 1989. pp. 125 e ss.

¹⁷⁶ Op. cit. pp. 49 e 50.

¹⁷⁷ O governo Collor de Melo assumiu em 15 de março de 1990 caindo em 1992.

qualquer destas ações.

O que é questionável, então, são os limites estruturais da intervenção do Estado capitalista na economia.¹⁷⁸ Qual o ponto efetivo de equilíbrio que pode ser alcançado entre a legalidade racional e a gestão econômica em um Estado de Direito, imprescindivelmente, inserido em um processo desenvolvimentista de abrangência internacional?

Tal como visto em Poulantzas, se deve procurar, através dos próprios aparelhos de Estado, regular o econômico sem despotismo uma vez que é inevitável, mesmo para o Estado Socialista, deixar de tratar a economia respeitando a realidade existente dentro de um processo de transição e aprimoramento econômico-social.

Outra possível resposta é implementar uma atitude séria e responsável por parte dos economistas em relação ao uso do instrumental legal disponível, assim como, da mesma forma, cabe aos operadores jurídicos idealizarem o Direito não tomando de forma simplista a difícil realidade econômica; mas, propiciando soluções legais que viabilizem a atuação consciente do economista.

Ainda necessário se faz lembrar que a vontade política, acima de tudo, ainda é o móbil de qualquer tentativa de solução economicamente técnica e adequada para o País e, portanto, deve ser exercida de maneira responsável e consciente.

Em termos genéricos, o País vive uma alternância político-econômica que traz como resultado inevitável o desgaste social em meio a, nem sempre, muitos e expressivos sinais de real desenvolvimento obtido a partir de práticas econômicas autoritárias, e levando ao questionamento do modelo econômico adotado principalmente quando considerado o aparato jurídico-legal.

A dicotomia Economia - Direito, pode ser reduzida à efetiva busca da eficiência alocativa dos diversos fatores de produção objetivando o desenvolvimento nacional e a garantia da segurança e certeza jurídica em uma pragmática legalista, ou seja a racionalidade material do economista e a formal do jurista. De outra forma, ainda tal polaridade se dá entre *programas anti-inflacionários e ordem constitucional, entre gestão de políticas públicas e reconhecimento dos direitos individuais, entre meios tidos como ilegais e fins considerados como legítimos, numa palavra entre governabilidade substantiva e legitimidade legal-racional*¹⁷⁹

178 POULANTZAS, Nicols. *O Estado, O Poder, O Socialismo*. Op. cit. pp. 220 e ss.

179 FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. Op. cit. p. 15.

Ante o exposto acima, é verificável que o País em uma trajetória econômica de alto grau de dependência e instabilidade - certamente, também fruto da própria instabilidade política - passando por um discurso, em aspectos gerais, democrático-econômico, apresentou indeléveis traços de autoritarismo neste campo. Vejam-se, por exemplo, os períodos políticos ditatoriais e os malfadados Planos setoriais de intervenção econômica. Como se não bastassem tais fatos, o modelo intervencionista do *Welfare-State*, no Brasil, foi caracterizado pela substituição da livre iniciativa em função de um paternalismo econômico-estatal dirigente e protecionista da atividade econômica que, efetivamente, levou a grandes disparidades regionais e sociais bem como à deficiência competitiva em termos de mercado interno e externo.

O quadro se torna pior, na medida em que, despoticamente, através de atos legislativos do Poder Executivo, nas diversas fases políticas Nacionais, se tentou solucionar o econômico como se possível fosse, através de tais instrumentos legais tidos como infalíveis e que, não raras vezes, levaram ao desgaste político e social. Ainda é mister lembrar que a atuação de grupos detentores do poder econômico, organizados dentro da sociedade civil, sempre estiveram a influenciar na decisão política, ou seja, no Aparelho de Estado.

Assim, o País viveu - e vive - até o presente momento, a ditadura do interesse econômico que, por ação - conforme ao *Welfare State* ou omissão - conforme ao Estado Mínimo - resiste aos delineamentos democráticos e protetivos de uma legislação econômica constitucional e infra-constitucional.

Detectado que toda constituição econômica tem determinado conteúdo específico que a caracteriza dentro de uma práxis por vezes identificada com políticas e ideologia econômicas características de uma democracia econômica ou, mesmo, de uma ditadura e analisada sob estes aspectos a Constituição Brasileira de 1988, sejam verificados, então, o histórico Constitucional Econômico em termos gerais e, em especial, com atenção ao caso Brasileiro.

3.6.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO ECONÔMICO NAS CONSTITUIÇÕES

Constatada, já em fins do século XIX, a debilidade das premissas econômicas clássicas que partiam da situação ideal de pleno emprego, foram aprimoradas, segundo desenvolvimento de teorias subjetivo-psicológicas do valor, modelos econômicos evidenciadores de uma interrelação entre consumidor e ofertante na determinação dos preços e a possibilidade de

operação da economia em um nível de produção menor do que o de capacidade máxima. Nos primeiros anos do século XX, porém, ficou mais evidente a situação de crise em termos mundiais em função, por exemplo, de fatos como a Primeira Grande Guerra, o *crash* da Bolsa de Nova Iorque e as crises político-sociais vividas em grande parte dos países.

Um dos movimentos político-sociais que influenciaram na inserção em textos constitucionais de dispositivos de natureza econômica foi a Revolução Mexicana do início do século liderada por Emiliano Zapata e Pancho Vila. Depois de cerca de 800.000 mortes e de diversos combates entre facções resultou em função de convocação de uma convenção, em 31 de janeiro de 1917, por parte do então presidente do México Venustiano Carranza, a promulgação do progressista Texto Constitucional Mexicano.

Em termos de Direito Constitucional Econômico determinou reformas radicais de cunho socializante garantindo reforma agrária, regime de propriedade comunal dos povoados, ensino público e gratuito além de direitos trabalhistas e previdenciários e a possibilidade de submissão do uso da propriedade privada ao interesse público¹⁸⁰.

Outro importante fato ocorreu em 1919. Em função dos resultados avassaladores da Primeira Grande Guerra para a Alemanha, mais exatamente em onze de novembro, o governo provisório capitulou conforme o tratado de Versalhes. Juntamente com a fuga de Guilherme II ocorreu a queda da hegemonia feudal germânica ocasionando, derradeiramente, a instauração da República de Weimar em julho de 1919 e o advento da Constituição de Weimar de 1920 a organizar uma república presidencialista. Essa Constituição dispôs sobre *A vida econômica* em sua Seção Quinta englobando os artigos 150 a 165 com medidas de natureza econômico-social. Interessante rever o artigo 151, 152 e 153 tão influentes em demais constituições:

Art. 151. A vida econômica deve ser organizada em conformidade com os princípios da justiça e com vista a garantir a todos uma existência digna do homem. nestes limites, a liberdade econômica do indivíduo deve ser respeitada.

Art. 152. As relações econômicas são regidas pelo princípio da liberdade dos contratos, nos termos das leis.

Art. 153. A propriedade é garantida pela Constituição. Seu conteúdo e seus limites são fixados pelas leis.

A Constituição de Weimar de 1920 consagrando a democracia alemã não foi, porém, eficientemente forte para superar as pressões político-econômicas vivificadas pelo País de

¹⁸⁰ O artigo 27 da Constituição Mexicana de 1917 dispunha que: *a Nação terá em qualquer tempo o direito de impor à propriedade privada as modalidades que comandam o interesse público e também o de regular o melhor emprego dos elementos naturais e suscetíveis de apropriação, em vista de uma distribuição eqüitativa da riqueza pública e para a divisão das grandes propriedades territoriais; para o desenvolvimento da pequena propriedade; para a criação de novo centro de população agrícola, com as terras e as águas que lhe serão indispensáveis; para encorajar a agricultura e para evitar a destruição dos elementos naturais e os danos que a propriedade poderá causar em prejuízo da sociedade (...).*

forma que, em 28 de janeiro de 1933, cai o governo Schleicher e assume a direção Hitler¹⁸¹.

Ainda com influência histórica para uma visão socializante da economia, principalmente nos países do extremo oriente do continente asiático, foi o documento denominado Declaração dos direitos do povo trabalhador e explorado da Rússia em 1918 fruto do movimento político-ideológico que levou à abdicação de Nicolau II em 15.03.1917. Neste ínterim, Lenin e o dirigismo bolchevique organizaram e implantaram um governo socialista cuja legalidade revolucionária se intentou através da citada declaração de 06. 01. 1918. Fato concomitante e de grande pressão sobre a política russa foi o envolvimento na Primeira Grande Guerra que ocasionou a assinatura de um tratado entre Rússia e Alemanha em desfavor da primeira; além das próprias dificuldades internas quanto ao desemprego e à geração de capitais para o desenvolvimento da chamada Nova Política Econômica - NEP. As circunstâncias se agravaram e, com a morte de Lenin em 1924, assumiu Trotski, opositor à política do partido defendida por Stalin, Kalinine e Molotov, de forma que, em 1925, mudanças estruturais ocorreram no Constitucionalismo Russo que passou a estabelecer a socialização completa e a realização dos conhecidos planos quinquenais. Era a institucionalização real da orientação marxista-leninista que viria a influenciar diversos outros países, mormente, depois da Segunda Grande Guerra Mundial.

A economia liberal dava, portanto, sinais inegáveis de mudanças. Estava-se a desenvolver, no início do século e, principalmente, após os anos vinte a idéia de um Estado forte e interventor como regulador e fiscalizador da atividade econômica. Nesta esteira de idéias, foram desenvolvidos os trabalhos de A. C. Pigou e de J. Maynard Keynes a justificar a necessidade de ação do Estado, sob qualquer custo, como *mola propulsora da economia*; idéia que vai ser contestada, posteriormente, pelo próprio e pelos adeptos de R. Coase.

Veja-se, a influência das novas idéias econômico-intervencionistas nas Constituições Brasileiras.

¹⁸¹ Recomenda-se, ao leitor, para maiores informações, a obra em português de Lionel Richard sobre a República de Weimar e a vida cotidiana do cidadão alemão culminando com uma acurada referência bibliográfica e cronológica de fatos. ver in LIONEL, Richard. *A República de Weimar, 1919-1933*. São paulo : Cia. das Letras: Circulo do Livro. 1988.

3.6.4 A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA NA HISTÓRIA DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.

Assim como ocorreu a necessidade de inserção, no Constitucionalismo, de temas garantidores das liberdades públicas e individuais em função dos acontecimentos políticos inerentes ao exercício do poder, muitas vezes, despóticos e arbitrários; também algo semelhante aconteceu com o tema econômico. A partir de 1917, com a Constituição Mexicana, e em 1919, com a Constituição Alemã de Weimar, foram inseridas, constitucionalmente, ordenações inerentes à ordem econômica. Iniciava-se, assim, uma prática comum no constitucionalismo moderno.

O Brasil, em suas Constituições de 1824 e 1891 acenou, quando da disposição sobre direitos dos cidadãos, com a influência dos ideais revolucionários iluministas liberais e individualistas positivistas. No artigo 179, incisos XXII, XXIV e XXV do Texto Magno de 1824, foi determinada a garantia do *Direito de Propriedade em toda a sua plenitude*, permitido o *uso e emprego* dessa propriedade pelo *bem público* mediante prévia indenização; assim como, a liberdade de exercício *de todo o gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio*, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos Cidadãos, ainda abolindo as *Corporações de Ofício*.

No Texto Magno Republicano de 1891, artigo 72, § 17, ainda *mantém-se o direito de propriedade em toda a plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia*. Da mesma forma, o § 24 garante o *livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial*.

O ordenamento da atividade econômica foi incluído, constitucionalmente, no Brasil, em 1934; contendo, o Texto Magno de então, 28 artigos, 18 parágrafos e 10 letras onde figurou, no Título IV, especificamente denominado: Da Ordem Econômica e Social. Esta Constituição reflete verdadeira mudança quanto aos ideais liberais vigentes nas Constituições de 1824 e 1891.

Garantiu, no artigo 115, uma ordem econômica *organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional*, ainda possibilitando *a todos existência digna e liberdade econômica* e, já sendo garantidos no artigo 116, *monopólios estatais de determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações devidas*.

Acenou com atitude xenófoba ao determinar, em seu artigo 117, *a nacionalização*

progressiva dos bancos de depósito e empresas de seguro, no artigo 119, § 4º, a nacionalização progressiva das minas jazidas e quedas d'água ou outras fontes de energia hidráulica, julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do País; ao delimitar, no artigo 121, § 6º e 7º a entrada e a concentração de imigrantes e ao vedar, no artigo 131, a propriedade de empresas jornalísticas políticas ou noticiosas a sociedades anônimas por ações ao portador e a estrangeiros; ao restringir a responsabilidade principal e de orientação intelectual ou administrativa da imprensa política ou noticiosa só para brasileiros natos; ao delimitar, no artigo 132, a proporção de dois terços, pelo menos, de brasileiros natos nas tripulações embarcadas, além de reservar a propriedade, a tarefa dos armadores e comando de navios também a brasileiros natos. Determinou, no artigo 119, necessidade de autorização ou concessão federal para o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada. Reconheceu, no artigo 120, sindicatos e associações profissionais, determinou o amparo da produção e das condições de trabalho, inclusive criando a Justiça do Trabalho - artigo 122 - e, dentre outras estipulações, instituiu o usucapião rural - artigo 125.

A partir, pois, da década de trinta verifica-se a presença do Estado, na economia brasileira, como agente normativo e regulador da atividade econômica sendo de notar a indelével influência das citadas Constituições de Weimar - 1919 - e Espanhola - de 1931 -

Em 1937, no governo de Getúlio Vargas - Estado Novo -, consolida-se a chamada *Constituição Polaca*, na qual se consagra, no capítulo Da Ordem Econômica contendo vinte artigos, a *iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo* - delimitada pelo *bem público*, sendo possível, ao Estado, intervir, mediata ou imediatamente, na economia para *suprir as deficiências da iniciativa individual* e como coordenador dos *fatores de produção* - artigo 135. Ainda defendeu: o *trabalho como dever social*, tendo direito à proteção e solicitude especiais do Estado - artigo 136; a contratação coletiva de trabalho e direitos trabalhistas específicos - artigo 137; a livre *associação profissional ou sindical* - artigo 138. Instituiu, no artigo 139, a Justiça do trabalho, declarando a greve e o *lock-out* como recursos anti-sociais e nocivos ao trabalho e ao capital. Quanto à economia de produção, no art. 140, organizou-a em *corporações* colocadas sob a assistência e a proteção do Estado. Equiparou, no art. 141, *os crimes contra a economia popular aos crimes contra o Estado*; puniu, no artigo 142, a usura; manteve, no artigo 143, o disposto anteriormente em relação às minas e demais riquezas do subsolo, às quedas d'água aos Bancos

e empresas de seguro; no artigo 148, reafirmou o usucapião rural e, quanto aos proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais e à entrada de imigrantes no país, determinou, também, conforme o Texto anterior de 34.

A Constituição de 1946 é fruto do processo de redemocratização do País, com a derrubada do governo de Getúlio Vargas e regulou sobre os fatos econômicos e sociais em 17 artigos, no Título V denominado Da Ordem Econômica e Social. Priorizou como princípio organizativo da atividade econômica, no artigo 145, a *justiça social, conciliando a livre iniciativa com a valorização do trabalho humano*, ainda sendo *assegurado trabalho que possibilite existência digna*; permitiu, no artigo 146, o monopólio estatal segundo o interesse público. Condicionou, no artigo 147, o *uso da propriedade ao bem-estar social*, ainda prevendo a *justa distribuição* da mesma, com *igual oportunidade para todos*. Determinou, no artigo 148, a repressão de *toda e qualquer forma de abuso do poder econômico*, inclusive a dominação de mercado. Deixou, diferentemente das Constituições anteriores, conforme artigo 149, a cargo da lei complementar dispor sobre o *regime dos bancos de depósito, das empresas de seguro, de capitalização e de fins análogos*; conforme artigo 151, o *regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais*. Manteve, no artigo 153, a dependência de concessão ou autorização federal, na forma da lei, para as minas e demais riquezas do subsolo, as restrições xenófobas; no artigo 154, a condenação da usura e, no artigo 159, a livre associação profissional ou sindical. Determinou, no artigo 156, a facilitação para a fixação do homem no campo; reconheceu, no mesmo artigo, §3 o usucapião rural, agora em trecho de terra não superior a vinte e cinco hectares. Determinou diversos direitos na área da legislação trabalhista e de previdência social, em especial, reconhecendo o direito de greve, conforme visto nos artigos 157 e 158.

O texto Magno de 1967 tratou da Ordem Econômica e Social em nove artigos no Título III que, no entanto, foi alterado com a reviravolta política ocorrida no País em 1969, quando se exarou a Emenda Constitucional número 1 alterada por mais vinte e sete emendas que a modificaram, expressivamente.

A carta de 1967 já alterada pela Emenda Constitucional nº 1 de 7 de outubro de 1969 determinou sobre o assunto em quatorze artigos. Tratando conjuntamente da atividade econômica e do ordenamento social, apregoou, como filosofia econômica do regime, *realizar o desenvolvimento econômico e a justiça social* embasada nos princípios da livre iniciativa, valorização do trabalho humano, função social da propriedade, harmonia e solidariedade entre

os fatores de produção, expansão das oportunidades de emprego produtivo e repressão do abuso do poder econômico, conforme artigo 160; facultando, ainda, no artigo 161 a *desapropriação da propriedade territorial rural* e, no artigo 163, a intervenção no domínio econômico e o monopólio estatal. Assegurou, no artigo 165, direitos aos trabalhadores em geral, reconhecendo, ainda, no artigo 166, a *associação profissional ou sindical*, não permitindo a greve nos serviços públicos e atividades essenciais - art. 162. Manteve as estipulações xenófobas quanto às jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica - artigo 168 -, constituindo monopólio da União a pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional - artigo 169. Priorizou o exercício da atividade econômica para as empresas privadas, cabendo ao Estado a intervenção em caráter excepcional - artigo 170. Determinou que a lei federal disporia sobre as condições de legitimação da posse de terras públicas até 100 hectares - artigo 171.

Verificada a práxis histórico-constitucional¹⁸² desenvolvida no cenário político-econômico brasileiro, no Capítulo IV verificar-se-á, então, a possibilidade de interpretabilidade do Direito, suas velhas e novas opções; destacando, ainda, suas peculiaridades, objetivos, princípios, métodos; enfatizando, por fim, a moderna técnica analítico-interpretativa-constitucional: *Law and Economics* e os Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: Soberania Nacional, Propriedade privada, Função social da propriedade, Livre concorrência, Defesa do consumidor, Defesa do meio ambiente, Redução das desigualdades regionais e sociais, Busca do pleno emprego e Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

¹⁸² Recomenda-se, para leitura, no que diz respeito a um quadro comparativo das disposições econômicas constitucionais brasileiras de 1934, 1937, 1946 e 1967 a obra de Alberto Venâncio Filho in VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do estado no Domínio Econômico*. Op. cit. pp. 471 e ss.

CAPITULO IV: CONCRETUDE DO DIREITO: VELHAS E NOVAS OPÇÕES: A INTERPRETAÇÃO JURÍDICO-FORMAL E A *LAW AND ECONOMICS* COMO POSSIBILIDADE NA REALIZAÇÃO DA ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA DE 1988.

4.1 Introdução, 4.2 Hermenêutica Jurídica, 4.2.1 Da Interpretação da Lei: Conceito e Generalidades, 4.2.1.1 Conceito, 4.2.1.2 Justificativa para a Interpretação, 4.2.1.3 Objeto da Interpretação, 4.2.1.4 Classificação dos Processos de Interpretação, 4.2.1.5 Os Métodos Modernos de Interpretação, 4.2.2 Interpretabilidade do Direito Constitucional, 4.2.2.1 Peculiaridades, 4.2.2.2 Objetivo da Interpretação Constitucional, 4.2.2.3 Princípios na Interpretação Constitucional, 4.2.2.4 Métodos de Interpretação constitucional, 4.3 A Moderna Técnica Analítico-Interpretativa *Law and Economics*, 4.3.1 *Law and Economics*: Análise ou Interpretação? 4.3.2 *Law and Economics* e os Princípios Constitucionais da Ordem Econômica Brasileira de 1988, 4.3.2.1 Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, 4.3.2.2 Soberania Nacional, 4.3.2.3 Propriedade Privada, 4.3.2.4 Função Social da Propriedade, 4.3.2.5 Livre Concorrência, 4.3.2.6 Defesa do Consumidor, 4.3.2.7 Defesa do Meio Ambiente, 4.3.2.8 Redução das Desigualdades Regionais e Sociais, 4.3.2.9 Busca do Pleno Emprego, 4.3.2.10 Tratamento Favorecido para as Empresas de Pequeno Porte Constituídas sob as Leis Brasileiras e que Tenham sua Sede e Administração no País, 4.3.3 Análise da Intervenção do Estado no Domínio Econômico.

Justamente considerando as características inegáveis do Direito moderno especialmente no que respeita ao Direito da Economia, isto é, à legislação de conteúdo econômico em geral e, sem dúvida, ao Direito Econômico, em particular, é que insistimos em apresentar a Ciência Econômica como uma fonte auxiliar, ou melhor dizendo, uma fonte informativa do Direito. (...) funcionando no esclarecimento científico dos fatos sob consideração jurídica, quer no período de elaboração das leis, quer na sua aplicação e interpretação, as suas afirmativas funcionam como uma explicação que concorre para corrigir os excessos de influências pessoais de interesses contrários às verdadeiras finalidades do Direito e, especialmente, por oferecer um dado de referência despojado de influências características das fraquezas do comportamento humano e sempre tradicionalmente denunciadas, porém não satisfatoriamente evitadas nas leis e nos julgados.¹

4.1. INTRODUÇÃO

Lembrando o ensinamento dos íclitos mestres Orlando Gomes e Antunes Varela², que *acusam a comercialização do Direito Civil*³, reconhecem o *estado de crise do Direito*⁴ - caracterizado pelo *descompasso entre as estruturas formais e materiais* - e pleiteiam *reformas das estruturas jurídicas*; é importante destacar a necessidade de um ordenamento jurídico

¹ SOUZA, Washington Peluso Albino de, *Direito Econômico*. 1980. *Op. cit.* p. 157.

² O trabalho de Orlando Gomes e Antunes Varela é importante para quem quiser analisar a influência do dirigismo econômico verificado entre os anos trinta e oitenta; mormente no campo do Direito Civil; tratando, dentre outras coisas, das transformações no Direito Contratual, no Direito das Obrigações e no Direito de Propriedade. Verin GOMES, Orlando e VARELA, Antunes. *Direito Econômico*. *Op. cit.*

³ *Op. cit.* p. 61 -70.

⁴ *Op. cit.* p.177 e ss.

moderno e adequado à realidade social sob pena de, assim não o sendo, se tornar um real entrave para a evolução das relações sociais. Os referidos autores ensinam, então, que:

O mecanismo jurídico, isto é, o conjunto das atividades legislativas, administrativas e judiciárias, não pode ser uma camisa de força para imobilizar a realidade social, nem o puro reflexo do que existe na sociedade, e não deve ser o auto-retrato ideal de uma nação em cujos traços estejam refletidas as aspirações e os ideais dos grupos influentes, ou a projeção de uma vaga e tendenciosa idéia de justiça, na qual se escamoteiam interesses. Ainda que se condicione a uma escala de valores, não pode essa escala ser fixada em termos absolutos, mas sim em função das necessidades sociais, que mudam conforme as circunstâncias, no tempo como no espaço⁵.

Ainda segundo os citados mestres, a mudança de comportamento do Estado pela implantação do *Welfare State* acarretou, no Direito, reflexos de grande importância tais como: *a utilização da lei como instrumento da programação econômica, a substituição de princípios e de estruturas jurídicas e a introdução de novas técnicas ou a mudança de função de institutos tradicionais*.⁶

O intervencionismo econômico verificado neste século XX se caracterizou pela superação do modelo liberal segundo a incisiva participação do Estado na vida dos particulares, regulando, fiscalizando e, inclusive, agindo como agente econômico; desta forma, ficou evidente a necessidade de instrumentalização e modernização do discurso jurídico para que este apropriasse as diretrizes estatais em detrimento das liberdades subjetivas. Em um primeiro momento, o Direito se viu impostado por uma nova *roupagem* conforme ao Direito Econômico e, hodiernamente, conforme à LaE, inclusive aplicada ao próprio Direito Econômico como, de resto, a todos os demais ramos do Direito.

No que diz respeito ao primeiro momento, continuam a ensinar, Orlando Gomes e Antunes Varela que, participando da vida econômica, o Estado contemporâneo, não raras vezes exerce atividades que poderiam ser, com mais eficiência realizadas pela iniciativa particular; entretanto, constata-se que *não é o aparecimento do Estado-empresário o traço mais forte da nova estrutura político-administrativa*; mas, sim, indiscutivelmente, o que caracteriza tal mudança, é a *política jurídica dirigista*⁷, ocasionando, no Direito, mudanças radicais passando, este, conforme elucida Norberto Bobbio, de *estrutura para função*⁸.

Ensinando a respeito do Direito Contratual, no campo da *Civil Law*, os autores civilistas citam René David e explicam quanto à renovada e dinâmica Ordem Pública da Economia:

⁵ Op. cit. p.26.

⁶ Op. cit. p. 31.

⁷ Op. cit. p. 32.

⁸ Apud GRAU, Eros Roberto *Elementos de Direito Econômico*. Op. cit. p. 12.

No modelo dirigista, a ordem pública econômica não chega ao extremo de exigir a destruição do mercado, mas se caracteriza por princípios novos inspirados na idéia de que os instrumentos jurídicos devem ser usados, obrigatória ou facultativamente, no interesse do desenvolvimento nacional. À luz desse pensamento, todo o direito dos contratos se renova ou se altera, afirmando-se como traços mais incisivos dessa transformação:

- 1) a obrigação imposta aos particulares de celebrarem contratos;
- 2) a apreciação da validade dos contratos em função do seu ajustamento aos dados da política desenvolvimentista;
- 3) a predeterminação legal do conteúdo de importantes e numerosos contratos e
- 4) a submissão a outras regras, com a mesma inspiração, das próprias condições de sua execução e dos efeitos de sua inexecução⁹

Eros Roberto Grau, também discorda de uma *visão imobilista do Direito* entendido, este em sua *função de instrumento de organização social*¹⁰ Reconhece, pois, a dinâmica da realidade social refletindo mudanças no Direito afirmando a superação deste como baluarte dos ideais de justiça voltados à preservação do *status quo* conforme às idéias do séc. XIX. Observa, então:

(...) O que se buscava, através do Direito, era simplesmente a regulação de situações consolidadas, para que não se desviassem dos seus cursos naturais, desbordando das estruturas que, enquanto íntegras, expressavam a realização das condições de ordem. Os princípios do *suum cuique tribuere* e do *pacta sunt servanda* obviavam plenamente a realização de tais condições, razão pela qual institutos desenvolvidos do Direito Romano, a partir da concepção dos fatos sociais - tal como o da cláusula *rebus sic stantibus* - foram relegados ao esquecimento e apenas muito recentemente restaurados. Subsistia o ideal das normas codificadas, que não deveriam estar sujeitas senão a mínimos passos evolutivos, decorrentes das interpretações que lhe fossem conferidas pelos exegetas.

Em seguida, o autor reconhece que este estado retrógrado de pensar o Direito foi modificado pois, o *evoluer da realidade findou por encaminhar uma necessária correção de tais posições*, ainda ensinando que influenciaram ou caracterizaram, neste *despertar do Direito (...) em contínua evolução (...) dinamizado como instrumento de edificação da vida social, a interpretação criadora de novos sentidos normativos, o florescimento das análises de Direito Comparado e o movimento de intervencionismo econômico e social*.¹¹

Desta forma, a *vocação do Direito* passou de *instrumento para a harmonização de interesses - conflitivos - para ferramenta voltada à realização de fins determinados*, sendo que, no caso dos *quadros do Direito Econômico*, especialmente, passa, este, a ser *instrumento de intervenção social e econômica*.¹²

Com sua fala, Eros Roberto Grau justifica a existência do novo ramo jurídico denominado Direito Econômico que conceitua como *sistema normativo voltado à ordenação do processo econômico, mediante a regulação, sob o ponto de vista macro-jurídico, da atividade econômica. de sorte a definir uma disciplina destinada à efetivação da política econômica estatal*; ainda, identificando-lhe, como objeto, *a regulação do processo econômico, através do*

⁹ Apud GOMES, Orlando e VARELA, Antunes. *Op. cit.* p. 32-33.

¹⁰ GRAU, Eros Roberto *Elementos de Direito Econômico*. *Op. cit.* p.3-7.

¹¹ *Op. cit.* p.10-11.

¹² *Op. cit.* p. 12.

*Estado nele e sobre ele, desde uma visão macroeconômica, tendo em vista a realização dos objetivos de sua política, sob a inspiração dos ideais de justiça social e desenvolvimento, em condições de mercado administrado;*¹³ sendo de obviar, por fim, que existe uma real necessidade de inovação do Direito segundo os ditames de cada época e segundo a evolução da sociedade por ele - Direito - abrangida.

Por outro lado, no campo da *Common Law*, seja lembrado o ensinamento de Bruce A. Ackerman que alude à *mudança no discurso jurídicista em conformidade com o Estado intervencionista* remodelando a *linguagem familiar da agenda do jurista* e adaptando, a própria *Common Law* ao novo *discurso administrativo* que a inundou.¹⁴

Resultado do intervencionismo Estatal norte-americano é a institucionalização dos *statutories* que passam a ser comuns na *Common Law*; ao estilo do que a doutrina chama de *velha Análise Econômica do Direito* - voltada para práticas *antitruste* -, entretanto, ensina, Bruce A. Ackerman¹⁵ que, já em um movimento reconstrucionista do Direito, a *Common Law* passa a ser abordada sob os auspícios da *nova Análise Econômica do Direito* em que o realismo jurídico é posto em dúvida em detrimento de idéias inerentes ao construtivismo de um discurso economicista geral e caracterizador de uma Teoria Geral do Direito¹⁶.

Ainda na apreciação evolucionista ou, mesmo revolucionária do Direito, Orlando Gomes e Antunes Varela destacam a função renovadora do Direito detectando, porém, a dicotomia do pensar entre conservadores e progressistas - os autores lembram da específica controvérsia entre Savigny e Bentham¹⁷. Assim, criticam os posicionamentos radicais inerentes à *cegueira dos legisladores e juristas para as mudanças sociais e variações no clima da opinião pública*; reconhecem o *equivoco que proclama a substituição servil da superestrutura da sociedade à sua infraestrutura*, bem como, condenam a *idéia de que os sistemas jurídicos constituem*

¹³ *Op. cit.* p. 31.

¹⁴ ACKERMAN, Bruce. *Del Realismo al Constructivismo Jurídico*. *Op. cit.* pp. 13-40.

¹⁵ Em sua obra, o autor demonstra grande senso crítico em relação ao novo discurso jurídico-economicista da LaE afirmando: (...) *De onde se equivocaram os discípulos da escola de Chicago é no modo em que podem preencher o vazio deixado pela desintegração de sentido da situação realista. (...) Diferentemente dos partidários da economia aplicada, não podemos reduzir o diálogo legal a um jogo de opiniões sobre negociações "ex ante" que as partes possam ter alcançado em um mundo coaseano sem fricções - conflitos. Em lugar disto, a liberdade de contrato tem sentido legal para nós, dentro de um marco de referência institucional que garanta aos contratantes individuais uma justa participação no poder econômico e político e nos direitos civis. Somente uma teoria que situe a liberdade de mercado dentro deste amplo marco de referência legitimador poderá proporcionar um esquema interpretativo geral para uma compreensão do direito atual norte-americano.* (em espanhol no original). Ver in ACKERMAN, Bruce. *Del Realismo al Constructivismo Jurídico*. *Op. cit.* p. 124.

¹⁶ *Op. cit.* pp. 69 e ss.

¹⁷ Savigny defende um Direito cauteloso em relação à consagração das práticas sociais em função do costume popular para posterior internalização no discurso jurídico; enquanto Bentham defende a utilização das leis reformadoras do meio social. para este último, portanto, o Direito deve promover reformas sociais antes mesmo de ser mero mantenedor do *status quo*.

expressão de idéias e realidades políticas; ainda detectando o esvaziamento dos conceitos *romanistas*¹⁸.

Verificou-se, assim, que surgiu a necessidade de um novo repensar do Direito em termos de influência interativa entre o econômico-social e o jurídico, inicialmente, segundo premissas macroeconômicas ao estilo do chamado Direito Econômico; entretanto, os acontecimentos verificados, principalmente, após o término da década dos sessenta e início da década dos setenta em que imperaram problemas econômico-político-sociais de tal importância tais como a chamada guerra fria; conflitos armados como o do Vietnã; crises ideológico-políticas nos diversos países; quebra, em 1971, da conversibilidade da moeda americana no padrão-ouro de Breton Woods em função do agravamento das condições econômicas mundiais; a instabilidade política nas ditaduras - principalmente nos países terceiro-mundistas e, dentre outras causas, mais recentemente, com o acontecimento da queda do muro de Berlim - histórico marco na mudança da política mundial - novos rumos foram dados à existência sócio-político-econômica dos países e dos indivíduos. A partir de então, um novo discurso neo-liberal com ênfase indiscutível à liberdade de mercado se fez evidente. No Direito, estes novos tempos levaram ao desenvolvimento da LaE como possibilidade de entendimento do jurídico-instituído a partir de uma visão liberalizante e menos intervencionista preocupada, agora, com as considerações microeconômicas do atuar da sociedade em tempos de flexibilização de direitos e de integracionismo econômico-político.

Deduz-se, pois, que deste estado de mudança e de insatisfação em relação ao jurídico-instituído pesado e conforme ao *Welfare-State* deve levar a novos caminhos elaborativos e analítico-interpretativos, já, dentro de uma nova perspectiva: dentro de uma nova Teoria Geral do Direito ou, ainda, como expediente técnico-razional justificante de uma ordem jurídica assim instrumentalizada e interpretável à luz da Ciência Econômica.

No presente Capítulo, basicamente, abrangendo duas abordagens: Interpretação tradicional e jurídico-formal do Direito e a nova técnica jurídico-instrumental da LaE, se pretende, como derradeiro produto da pesquisa, *intentar o dizer do Direito tornando-o factível de concretude*; ou seja, dar significação ao significado de toda uma superestrutura técnico-formal que, antes de mais nada, tem de ter um significante junto à sociedade; sob pena de tornar-se inútil. Dar entendimento ao Direito, em especial ao Direito Econômico constitucionalizado, e, por consequência, eficiência e dinamismo social, exige inovação nos

¹⁸ GOMES, Orlando e VARELA, Antunes. *Direito Econômico*. Op. cit. p. 193-202.

métodos instrumentais que processam a substancia jurídico-legal. Este é um intento que vem sendo constante no passar dos anos através da utilização de diversos métodos interpretativos.

Justifica-se, então, inicialmente, a abordagem interpretativo-jurídica do Direito como que para atualizar o leitor com as tentativas que procuram tornar claros os preceitos jurídicos segundo o estrito ângulo interpretativo jurídico-formal, procedendo, posteriormente, a uma inevitável comparação entre a referida interpretação e a inovadora LaE de forma a serem obtidos resultados teóricos que justificarão a derradeira análise dos institutos princípio-normativos da Ordem Constitucional Econômica Brasileira de 1988.

Em termos de LaE, inicialmente, se deseja discutir a intrigante questão que é apresentada para o sujeito que se coloca diante da possibilidade de entendimento da racionalidade jurídica; qual seja:

Law and Economics trata de ser uma análise esboçada como própria a uma Teoria Geral do Direito ou instrumental interpretativo inerente a uma nova Escola de Interpretação do Direito?

Superada esta dúvida, se parte, então, derradeiramente, para a aplicação das máximas da LaE aos Princípios Constitucionais da Ordem Econômica, mais especificamente, à Soberania Nacional, à Propriedade privada, à Função social da propriedade, à Livre concorrência, à Defesa do consumidor, à Defesa do meio ambiente, à Redução das desigualdades regionais e sociais, à Busca do pleno emprego e ao Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Uma última lembrança deve ser dita, antes da incursão pela Hermenêutica Jurídica. Intitulou-se esta introdução como: *Concretude do Direito: velhas e novas opções - A interpretação jurídico-formal e a Law and Economics como possibilidades na realização da Ordem Constitucional Econômica de 1988*. Justifica-se tal abordagem a partir de Canotilho. De fato, no tópico 3.4 deste trabalho foi verificada a questão da normas jurídicas, que, no caso do Direito Econômico, muito especialmente, se apresentam, em sua grande maioria, programáticas e inseridas em um sistema jurídico-normativo *aberto de regras e princípios, dinâmico e dialógico*¹⁹.

Constatado o sistema jurídico composto de regras e princípios²⁰ e, especialmente, no caso tratado, neste trabalho, enfatizada a principiologia econômica constitucionalmente

¹⁹ Ver notas 95, p. 244; 97, p. 245 e 158, p. 269.

²⁰ Canotilho distingue regras de princípios segundo: grau de abstração, grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito, proximidade da idéia de direito e natureza normogenética.

adotada, se tem a análise do que Canotilho denomina de princípios constitucionais impositivos.²¹

Articulando-se princípios e regras segundo seus diferentes graus de concretização e de forma a *densificá-los*, passa a ser compreensível e exequível a ordem constitucionalizada destacando seu caráter e poder normativo conforme ensinado por Konrad Hesse²². Assim, são justificados métodos e teorias que tornem *concretamente realizável*, o Direito.

O que se procura, em última análise, pois, é um Direito Constitucional apropriado à realidade social, dinâmico em sua normatividade e concretizado segundo sua capacidade de controlar e induzir o comportamento social. Para tanto, várias alternativas se apresentam, dentre as quais, o que Canotilho chama de *metódica jurídico-constitucional de concretização*²³ e a nova LaE.

4.2 HERMENÊUTICA JURÍDICA

Trate-se, agora, de referir à hermenêutica jurídica como uma das possibilidades de concretude do Direito.

Problema crucial na existência humana é o da comunicação. Estando, o indivíduo, inserido em um grupo social, deseja, absolutamente, se fazer compreender de forma a transmitir suas experiências, alegrias e angústias. Diversas são as maneiras pelas quais o ser humano pode se manifestar buscando, por fim, a receptividade de seu interlocutor: a comunicação oral,

Em sua obra, o constitucionalista luso ensina o entendimento de princípios distintos das regras segundo a função de cada um, seu grau de diferença ou diferenciação qualitativa, destacando, neste último caso, como segue:

(...) (1) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma 'optimização', compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: 'applicable in all-or-nothing fashion'); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky); a convivência de regras é antinómica. Os princípios coexistem; as regras antinómicas excluem-se;

(2) consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de optimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à 'lógica do tudo ou nada'), consoante o seu 'peso' e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos;

(3) em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas 'exigências' ou 'standards' que, em 'primeira linha' (prima facie), devem ser realizados; as regras contêm a validade simultânea de regras contraditórias;

(4) os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas). Ver in CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Op. cit. pp. 166-168.

²¹ Nos princípios constitucionais impositivos subsumem-se todos os princípios que, sobretudo no âmbito da constituição dirigente, impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. São, portanto, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados. Estes princípios designam-se, muitas vezes, por "preceitos definidores dos fins do Estado" (assim Scheuner: "Staatszielbestimmungen"), "princípios directivos fundamentais" (Häfelin), ou "normas programáticas, definidoras de fins ou tarefas". Op. cit. p. 173.

²² KONRAD HESSE. *Escritos de Derecho Constitucional* (Selección). trad. Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

²³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Op. cit. p. 193 e ss.

gráfica, mímica, escrita, etc.

Realidade outra, é que este mesmo indivíduo está inserido em uma *ordem*, seja ela qual for: natural, econômica, social, legal, etc.

Consequência das premissas anteriores é a necessidade inarredável, para este ser comunicativo, de conviver com regramentos e normas. Observa-se, pois, que indispensável se faz a adoção de métodos interpretativos que possibilitem a concreção das ditas normas tornando exequível, assim, o entendimento harmonioso das mesmas eliminando as possíveis dubiedades, indeterminações vaguezas e polissemias observáveis nos textos normativos.

Na exposição que segue, abordar-se-á, o problema da interpretação do Direito, em especial do Direito Constitucional, procurando, assim, delimitar possibilidades diversas que tornem o Texto Magno clarificado e aplicável dentro de uma práxis jurídico-normativa. Para tanto, se parte de um estudo introdutório delimitador do conceito de hermenêutica e hermenêutica jurídica²⁴, bem como de delimitação de conceitos ou determinação de termos

²⁴ Para tornar possível o entendimento do assunto, devem ser destacados autores como Richard E. Palmer que aborda a hermenêutica de maneira genérica inclusive na sua gênese como processo interpretativo originalmente voltado às Escrituras Sagradas. De outro lado não se pode olvidar autores pátrios como: Carlos Maximiliano - cuja obra é um clássico; Celso Ribeiro Bastos, José Afonso da Silva e Paulo Bonavides - eminentes constitucionalistas; Luiz Augusto Flórido, R. Limongi França, Maria da Conceição Ferreira Magalhães, Márcia Haydée Porto de Carvalho e Uadi Lammêgo Bulos - autores que trataram da interpretação do Direito com maestria, João Baptista Herkenhoff - Preclaro julgador, possuidor de uma das mentes mais progressistas na interpretação do Direito, destacando, em sua obra, um apanhado das principais escolas de interpretação do Direito e seus expoentes; Nelson Saldanha - elaborador de excelente estudo tratando da relação ordem e hermenêutica, abordando este último assunto, também, dentro da perspectiva da Teoria Geral e da sociologia do Direito; Raquel Denise Stumm - jovem autora em cuja dissertação de mestrado abordou, com primor, o Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro trazendo para discussão argumentos próprios da interpretação do Direito; Sérgio Cavalieri Filho - que elucida diversos aspectos dentro da sociologia jurídica, Juarez Freitas - cujo trabalho está inserido dentro de uma ótica sistemática, J. H. Meirelles Teixeira, Luiz Alberto Warat - autor, que, antes de mais nada, é um *argentino-brasileiro*, cuja maestria é digna de referência abordando a temática de forma crítica dentro da perspectiva do *senso comum dos juristas*, apresentando o caráter mítico da interpretação da lei, assim como fazendo incursões no campo da lingüística e da comunicação jurídica e Alcides Telles Júnior - também abordando o discurso e a linguagem jurídicos.

Vejam-se, pois, algumas obras dos citados autores: PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Edições 70, 1989; MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Op. cit.; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit.; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit.; FLORIDO, Luiz Augusto. *Hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro: Liber Juris Ltda. 1993; FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva. 1995; MAGALHÃES, Maria da Conceição Ferreira. *A hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense. 1989; CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. *Hermenêutica Constitucional: Métodos e Princípios Específicos de Interpretação*. Florianópolis: Obra Jurídica. 1997; BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de Interpretação Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 1997; HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o Direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica-política*. 3. ed. rev., ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 1994; SALDANHA, Nelson. *Sociologia do Direito*. 3. ed. rev. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989; _____. *Estudos de Teoria do Direito*. Op. cit. e _____. *Ordem e Hermenêutica*. Op. cit.; STUMM, Raquel Denise. *Princípio da proporcionalidade: no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Você conhece sociologia jurídica?* Rio de Janeiro: Forense. 1994; JUAREZ FREITAS. *A interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros. 1995; TELXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1991; WARAT, Alberto Luis. *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica*. Florianópolis: Ed. da UFSC. 1983. _____. *El Derecho y su Lenguaje: Elementos para una Teoría de La Comunicacion Jurídica*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. 1976. _____. *Introdução Geral ao Direito I: Interpretação da Lei temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1994 e _____. *A epistemologia Jurídica da Modernidade*. Porto Alegre: S.A. Fabris. 1995; TELES JÚNIOR, Alcides. *Discurso, Linguagem e Justiça*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986.

Por outro lado é inarredável a contribuição de autores estrangeiros como: José Joaquim Gomes Canotilho - apresentando trabalho minucioso a respeito da temática da interpretação do Direito Constitucional dentro de uma análise metódica visando a concreção da norma, ainda sendo de destacar sua Tese de doutoramento que aborda o tema com a mestria que lhe é peculiar, Vital Moreira, José Lamego - que analisa o acesso hermenêutico ao Direito apresentando um riquíssimo histórico das escolas da interpretação; Arthur Kaufmann e Winfried Hassemer - exímios analistas do pensamento jurídico contemporâneo; Konrad Hesse - Mestre que destaca a força normativa da Constituição e finalmente Hans Kelsen como delineador máximo de uma teorização voltada para um Direito positivo. Enumerem-se algumas obras dos autores citados: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Op. cit. e _____. *Direito Constitucional*. Op. cit.; CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Op. cit.; LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência: análise de uma recepção*. Lisboa: Editorial Fragmentos. 1990; ARTHUR KAUFMANN e WINFRIED HASSEMER. *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Op. cit.; KONRAD HESSE. *Escritos de Derecho Constitucional*. Op. cit.; KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Op. cit. e _____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Op. cit.

inerentes ao assunto; posteriormente, se analisa a interpretação constitucional, seus métodos, princípios e limites; ainda destacando, derradeiramente, a possibilidade de aplicação de método outro denominado *Interpretação Econômica do Direito* para a concreção da norma jurídica constitucional.

Faça-se presente desde já o concordar com Nelson Saldanha afirmando que *perdeu-se de vista o papel essencial da "hermenêutica", centrando-se sobre a idéia de "ordem" o conceito de Direito. O direito ficou definido como ordem, como ordenamento, como elenco de normas*", ainda acrescenta o autor que devem ser relacionados *"historicamente, os momentos de crise e as formulações hermenêuticas, assim, a hermenêutica por seu turno se reformula sempre"*²⁵.

Não se pretende, no campo da hermenêutica jurídico-formal tradicional, ainda que tratando ocasionalmente - por necessidade de compreensão acadêmica ou pela inerência do assunto - discutir a atuação do magistrado em relação à lei, nem mesmo, profundamente, abordar os problemas intrínsecos do discurso, da linguagem e da teoria dos signos - Semiologia. Por outro lado, frize-se que, apesar da diminuta diferença (se é que existe) entre a interpretação extensiva e a integração da lei, não se tem intenção de incursionar na seara desta última de forma extenuante.²⁶

4.2.1 DA INTERPRETAÇÃO DA LEI: CONCEITO E GENERALIDADES

Inicialmente, é bom que se elucide a definição de hermenêutica e, para tanto, se pode recorrer a diversos documentos e autores. O *Webster Trhird New International Dictionary* define-a como: *o estudo dos princípios metodológicos de interpretação e de explicação sendo, ainda, que a hermenêutica específica é o "estudo dos princípios gerais de interpretação bíblica"*²⁷.

²⁵ SALDANHA, Nelson. *Estudos de Teoria do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey. 1994.p. 80.

²⁶ Celso Bastos observa muito bem: *Interpretação e integração mantêm certos elementos de conexão, como o diz Canotilho: "Ambas são voltadas à obtenção do direito constitucional"(J. J. Gomes Canotilho Direito Constitucional, p.171). Contudo, não se deve, como faz aquele mestre, caminhar muito no sentido da relativização destas categorias. Se é certo, como ele o faz, afirmar as dificuldades existentes em distinguir uma interpretação extensiva de uma interpretação analógica, ainda assim é forçoso reconhecer-se que estamos diante de realidades lógicas profundamente diferentes. A interpretação transcorre dentro do âmbito normativo, (...). Já com relação à integração o de que se cuida é de encontrar uma solução normativa para uma hipótese que não se encontra regulada pela Lei Fundamental. Ver in BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. Op. cit. p. 108.*

²⁷ Apud PALMER, Richard E., *Hermenêutica*. Op. cit. p. 16.
Ver, também, referência no glossário.

No que concerne às raízes semânticas da palavra, é interessante evocar o verbo grego *hermeneuein* - interpretar - e o substantivo *hermeneia* - interpretação. A título de melhor elucidação, veja-se o apresentado por Richard E. Palmer:

A palavra grega *hermeios* referia-se ao sacerdote do oráculo de Delfos. Esta palavra, o verbo *hermeneuein* e o substantivo *hermeneia*, mais comuns, remetem (sic) para o deus-mensageiro-alado Hermes, de cujo nome as palavras aparentemente derivam (ou vice-versa?). E é significativo que Hermes se associe a uma função de transmutação - transformar tudo aquilo que ultrapassa a compreensão humana em algo que essa inteligência consiga compreender. (...) os gregos atribuíam a Hermes a descoberta da linguagem e da escrita - as ferramentas que a compreensão humana utiliza para chegar ao significado das coisas e para o transmitir aos outros²⁸.

Estudando o campo da hermenêutica podem ser apresentadas seis definições modernas que a caracterizam em períodos históricos ou fases conforme se antolha em Richard Palmer que, mais uma vez, ensina:

1) uma teoria da exegese bíblica; 2) uma metodologia filológica geral; 3) uma ciência de toda a compreensão lingüística; 4) uma base metodológica dos *Geisteswissenschaften*²⁹; 5) uma fenomenologia da existência e da compreensão existencial; 6) sistemas de interpretação, simultaneamente recolectivos e inconoclasticos, utilizados pelo homem para alcançar o significado subjacente aos mitos e símbolos. Cada uma destas definições é mais do que um estágio histórico; cada uma delas indica um "momento" importante ou uma abordagem ao problema da interpretação.³⁰

Os seis posicionamentos apresentados ainda estão presentes no pensamento hermenêutico contemporâneo, entretanto, é possível verificar a polarização do assunto quando é, a hermenêutica, encarada como um corpo geral de princípios metodológicos que subjazem à interpretação - têm tal entendimento Schleiermacher, Dilthey e Emílio Betti - ou quando, segundo Heidegger e Gadamer ela é vista como uma exploração filosófica das características e dos requisitos necessários a toda a compreensão.

Luiz A. Flórido ensina que a *hermenêutica jurídica tem por finalidade o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões contidas na forma jurídica, acolhendo, na elucubração cognoscitiva, os postulados sociológicos que determinaram o aparecimento da regra que se interpreta*³¹

Da mesma forma expressa Carlos Maximiliano quando afirma que a *hermenêutica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito*³².

²⁸ Op. cit. p. 24.

²⁹ Todas as disciplinas centradas na compreensão da arte, comportamento e escrita do homem.

³⁰ Op. cit. p. 43.

³¹ FLORIDO, Luiz Augusto. *Hermenêutica Jurídica*. Op. cit. p.3.

³² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Op. cit. p.1.

Hermenêutica, a despeito da acepção lata (...), em sentido rigorosamente estrito não se confunde com interpretação do direito, pois, enquanto esta é pragmática, aquela é especulativa ensina Limongi França³³

É medida de justiça lembrar, ainda, o surgimento de uma teoria da hermenêutica e Nelson Saldanha ministra seu pensamento conforme segue:

(...) se tornou possível quando se conheceu a história dos diversos modos de interpretar, e quando o próprio "interpretar" foi entendido como um processo abrangedor de componentes objetivos e subjetivos. Ela surgiu em ligação com a filosofia e a arqueologia, os métodos comparativos e a filosofia sistematizante: surgiu com Schleiermacher, com Böckh, com o próprio Nietzsche e depois com Dilthey³⁴.

Acrescenta ainda sobre a utilidade da hermenêutica ligada ao Direito e à religião:

A idéia de hermenêutica, tal como foi retomada no Ocidente contemporâneo, proveio do trato com a religião e com o Direito - duas coisas sempre ligadas no Oriente antigo e no mundo clássico - áreas onde o problema dos textos foi sempre decisivo. (...) Nos textos jurídicos, as indicações normativas ocupam sempre parte muito maior do que as preceituações de caráter geral, mas análise pode distinguir também a parte destas". Em ambas as áreas, entretanto a penetração no interior do texto, a busca de significados, corrobora o parentesco etimológico entre *intelligere* (intra + *legere*, ler dentro ou por dentro) e *interpretare* (inter + *penetrare*, penetrar mais para dentro), consolidando em ambos os termos a idéia de uma diferença entre o 'fora' e o 'dentro'.³⁵

Como funções da hermenêutica e dentro de uma perspectiva crítica, podem ser citadas as enumeradas por Warat: 1. *função mítica da consolidação das crenças jurídicas*, 2. *função redefinitória enquanto podem ser utilizados como um 'relato' despido de sua função explicativa, embora mantenham a aparência e gerem a ilusão de funcionar como tal*.³⁶

O inclito doutrinador Carlos Maximiliano ainda lembra que (...) *é tarefa primordial do executor (intérprete) a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é aplicar o Direito*. Assim, para este autor, aplicar o Direito é efetuar o enquadramento do caso concreto à norma jurídica almejando um direito que se transforme *em realidade eficiente, no interesse coletivo e também no individual*. De outra forma enumera quatro passos para esta adaptação: 1. a Crítica, 2. a Interpretação, 3. o suprimento das lacunas e 4. o exame das questões possíveis sobre ab-rogação ou simples derrogação de preceitos.³⁷

³³ FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. Op. cit. p. 61.

³⁴ SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica*: Op. cit. p.219.

³⁵ Op. cit. p.221.

³⁶ Warat, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito I.: Interpretação da Lei temas para uma reformulação*. p. 90.

³⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Op. cit. p. 6-8.

4.2.1.1 CONCEITO:

De especial importância, dentro da hermenêutica como conjunto de processos que levem à interpretação do Direito, é o conceito próprio de interpretação legal. Vejam-se alguns dos ensinamentos coligidos na doutrina:

Celso Bastos explica:

Interpretar é extrair o significado de um texto. Embora possa afigurar-se como uma insuficiência da linguagem, visto que a primeira idéia que nos acode ao espírito é a da lástima de o significado de textos tão importantes não ser de uma evidência inquestionável, o fato é que a interpretação é sempre indispensável, quer no Texto Constitucional, quer nas leis em geral.³⁸

Carlos Maximiliano dispõe a respeito:

Interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém.³⁹

Jerzy Wróblewski apresenta três concepções de interpretação legal a saber:

La interpretación sensu largissimo se define como la comprensión de un objeto en tanto que fenómeno cultural (...) Interpretación sensu largo significa comprensión de cualquier signo lingüístico. En otras palabras, para entender un signo de un lenguaje dado hay que interpretarlo atribuyéndole un significado de acuerdo con las reglas de sentido de ese lenguaje. Es evidente que, primero, a algo hay que tratarlo como signo de un lenguaje (interpretación en el sentido más amplio) y, después, atribuirle un significado al comprenderlo (interpretación en sentido amplio). Esta sinonimia entre "interpretación" y "comprensión" es utilizada en el campo de la semiótica contemporánea. Hay, así, una analogía entre el interpretar un cálculo formal a través de ciertos modelos y el interpretar un lenguaje natural. Si nos interesamos por el lenguaje legal en el que los textos legales están formulados, en tal caso, para entenderlos, hemos de usar "interpretación" en sentido amplio. (...) Interpretación sensu stricto quiere decir determinación de un significado de una expresión lingüística cuando existen dudas referentes a este significado en un caso concreto de comunicación. Hay, por tanto, dos tipos de situaciones de comunicación: o bien la comprensión directa de un lenguaje es suficiente para fines de comunicación concreta, o bien existen dudas que se eliminan mediante la interpretación".⁴⁰

Warat e Eduardo Russo assim expressam em relação ao assunto:

Los métodos interpretativos aparecen definidos por el saber acumulado (el sentido común teórico de los juristas) como técnicas rigurosas, que permiten alcanzar el conocimiento científico del derecho positivo. En realidad, es notoria su conexión con la ideología de las distintas escuelas que conforman el pensamiento jurídico. Así, el método exegético, el método de escuela histórica, el método dogmático, el método comparativo de Ihering de la segunda fase, el método de la escuela científica francesa, el método del positivismo sociológico y de la escuela del derecho libre, el teleológico vinculado a la jurisprudencia de intereses, el método egológico y el tópico-retórico, todos ellos se relacionan con las escuelas correspondientes, de las cuales, en algunos casos, importaron el propio título.⁴¹

³⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p. 96.

O autor, ainda, cita Anna Cândida da Cunha Ferraz - *Processos informais de mudança da Constituição*, p. 22: *Uma Constituição se presume obra comum de todos os órgãos e forças vivas da nação, que nela encerram princípios dominantes, disposições fundamentais, desprovidas ou quase desprovidas de conteúdo preciso, deliberadamente vagas, que deixam larga margem de interferência e complementação, na organização fundamental do Estado, aos órgãos que devem observá-la, respeitá-la, cumpri-la e aplicá-la.*

Dalí, afirmar, Lowenstein, que toda Constituição é, em si, uma obra humana incompleta, além de ser obra de compromisso entre as forças sociais e grupos pluralistas que participam de sua formação.

³⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Op. cit. p. 9.

⁴⁰ JERZY WRÓBLEWSKI. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica in Cuadernos civitas*, 1ª ed, 1985. p. 21.

⁴¹ WARAT, Luiz Alberto e RUSSO, Eduardo A. *Interpretación de la Ley*. p. 41.

O mestre Warat ainda apresenta um posicionamento crítico em relação à interpretação da lei que deve ser lembrado:

Existe um certo consenso nas reflexões em torno das práticas interpretativas do Direito. Poucas ousadas e muitas fantasias perfeitas recobrem as teorias sobre a interpretação da lei. Métodos ilusórios, enobrecidas crenças, desapercibidos silêncios envolvem as práticas interpretativas dos juristas de ofício. Teorias e práticas encarregadas de garantir a institucionalização da produção judicial da normatividade e seus efeitos de poder na comunidade. Práticas, mitos e teorias refinadas que se ligam estreitamente aos processos de produção heterônoma da ordem simbólica da sociedade. Usos complacentes da lei que guardam, como em cofres de sete chaves, os princípios de controle da produção dos discursos jurídicos. Uma discursividade enganosamente cristalina que escamoteia, em nome da verdade, da segurança e da justiça, a presença subterrânea de uma 'tecnologia da opressão' e de uma microfísica conflitiva de ocultamento que vão configurando as relações de poder inscritas no discurso da lei.⁴²

Juarez Freitas, em relação a atitude dos intérpretes da norma, e em busca de um Direito *lídimo* conceitua a interpretação sistemática como equilíbrio entre forma e conteúdo. Com maestria ensina:

Os "juristas" da lei - esses técnicos - buscam a compreensão do direito moderno mediante a prática de uma teoria formal da interpretação jurídica. São intérpretes da vontade do legislador. Daí podermos descrevê-lo como um sistema de normas primárias e secundárias que regula o uso da força com pretensão de monopólio, objetivando excluir o seu uso privado (da força) nas relações sociais. (...)

O projeto de (re)construção de um direito que se possa ver, ensinar e aplicar como o *lídimo* sistema normativo do Estado Democrático supõe a substituição da racionalidade formal do direito por outra, que, segundo penso, repousa sobre os princípios. Neles, o conteúdo das formas jurídicas. (...)

O desafio (...) é, precisamente, o da composição de equilíbrio entre conteúdo e forma. (...) O instrumento para a construção daquela situação de equilíbrio é a interpretação sistemática, fundada nos princípios. (...) interpretação do direito como atividade voltada ao discernimento de enunciados semânticos veiculados por preceitos (disposições, textos) - o intérprete desvencilha a norma do seu invólucro (...) a interpretação é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual o juiz desvenda as normas contidas nas disposições.⁴³

Acrescenta, ainda, textualmente, a respeito da conceituação do ato de interpretar:

(...) na visão sistemática adequada, interpretar é hierarquizar o Direito, o qual se evidencia como totalidade una, conquanto variem os princípios regentes dos seus vários subsistemas.⁴⁴ Interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito: (...) todas as frações do sistema jurídico estão em conexão com a inteireza de seu espírito, daí resultando que qualquer exegese comete, direta ou indiretamente, uma aplicação de princípios gerais, de normas e de valores constituintes da totalidade do sistema jurídico.⁴⁵

Emílio Betti, em sua maestria, também apresenta contribuição. Afirma o seguinte:

*La interpretación que interesa al Derecho es una actividad dirigida a reconocer y a reconstruir el significado que ha de atribuirse a formas representativas, en la órbita del orden jurídico. (Categ. 3 y ss.) (1) que son fuente de valoraciones jurídicas, o que constituyen el objeto de semejantes valoraciones. (...) La interpretación jurídica así entendida no es más que una especie, bien que la más importante, del género denominado "interpretación en función normativa".*⁴⁶

Savigny, por sua vez, doutrina a respeito: *Interpretação é a reconstrução do conteúdo da lei, sua elucidação, de modo a operar-se uma restituição de sentido ao texto viciado ou*

⁴² WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito I: Interpretação da Lei temas para uma reformulação*. Op. cit. p. 19.

⁴³ JUAREZ FREITAS. *A interpretação Sistemática do Direito*. Op. cit. p. 11-12.

⁴⁴ Op. cit. p. 18.

⁴⁵ Op. cit. p. 47.

⁴⁶ EMILIO BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid. 1971. p. 95.

obsuro.⁴⁷

O autor pátrio Luiz A. Flórido apresenta seu entendimento conforme segue:

Interpretar é assim um ato revelador do direito que visa a explicar o sentido do que se procura compreender para lhe dar uma aplicação prática, que consiste integrar ou subjetivar o direito, aplicando o que de forma geral e abstrata está contido na norma a um caso concreto, real e específico.

Ainda complementa, com relação à finalidade da interpretação:

(...) se o fim da interpretação é o de aplicar o direito, ou seja, compreender a extensão, conteúdo e alcance de uma lei para enquadrar o caso concreto à norma adequada, a hermenêutica fornece as técnicas próprias da ciência jurídica, para que se tome possível uma interpretação sem riscos de erros, consistindo o labor do intérprete a exegese jurídica, na medida em que pesquisa o sentido da lei, bem como da norma própria e adequada ao fato que se pretende enquadrar.⁴⁸

Por fim, não se pode olvidar o ínclito mestre J.J.Gomes Canotilho que afirma, referindo à específica interpretação constitucional: *Interpretar as normas constitucionais significa (como toda a interpretação de normas jurídicas) compreender, investigar e mediatizar o conteúdo semântico dos enunciados lingüísticos que formam o texto constitucional*.⁴⁹

Desta forma, fica possível verificar que a interpretação normativa constitui em dar significação aos símbolos lingüísticos mediante utilização de determinados métodos que devem ser objetivos, transparentes e científicos, ainda, justificadores e legitimadores da normatividade.

4.2.1.2 JUSTIFICATIVA PARA A INTERPRETAÇÃO

Justifica-se a necessidade da hermenêutica, como que, para determinar um *método* ou *teoria* especificamente adequados à decifração da marca humana numa obra, ou seja, na elucidação de seu *significado*. Este processo de *decifração*, esta *compreensão* do significado de uma obra, é o ponto central da hermenêutica.⁵⁰ A Constituição como sendo a *Norma das normas* deve ser compreendida e, para tanto, necessária se faz sua interpretação. Celso Bastos justifica a necessidade e imprescindibilidade da interpretação da lei pelo fato de que *os preceitos normativos são sempre abstrações da realidade*" e pelo fato de que, no caso da interpretação constitucional, *apresentam-se elas, as Constituições, como "autênticos códigos*

⁴⁷ Apud BONAVIDES, Paulo *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p. 398.

⁴⁸ FLORIDO, Luiz Augusto. *Hermenêutica Jurídica*. Op. cit. p.5-6.

⁴⁹ CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito Constitucional*. Op. cit. p. 208.

⁵⁰ PALMER, Richard E.. *Hermenêutica*. Op. cit. p. 19.

*encerrando muitos preceitos não sendo a significação destes obtível pela compreensão isolada de cada um.*⁵¹

Ao prefaciar a obra de Maria da Conceição F. Magalhães, Paulo Bonavides lembra que o *velho Estado liberal do século XIX produziu nos ordenamentos jurídicos de vários países (...) uma arraigada confiança na estabilidade das leis" que propiciou a" concepção de um Direito fixo (...) pacto de leis cuja manutenção era para a ideologia dominante de suprema importância. Ato contínuo e de outra forma, alerta o doutrinador que a hermenêutica do século XX vincula o processo interpretativo a postulações características de uma sociedade em desenvolvimento, onde o Direito se acha fadado a colaborar nos grandes atos de transformação social, cumprindo assim uma função que foge ao paradigma conservador(...)*⁵²

No mesmo sentido, Nelson Saldanha manifesta:

A consciência do impacto do chamado Estado Social sobre as linhas do Estado de Direito de origem liberal tem estado presente no modo de interpretar certas situações concretas, nas quais entram em colisão o instrumental de ação dos governos e o tradicional elenco dos direitos fundamentais "assim, "na hermenêutica", veio surgindo como posição crítica uma série de idéias sobre a necessidade de liberar o Direito das formas estatais: idéias sobre a possibilidade de uma sociedade sem Estado e de um Direito também sem Estado", consequência é que o "Direito Constitucional não representa um direito ativo e "dirigente", mas um direito "reflexivo".⁵³

4.2.1.3 OBJETO DA INTERPRETAÇÃO

O objeto da interpretação é, na maestria de Gustav Radbruch, a busca do *sentido objetivamente válido de uma regra de direito* e Paulo Bonavides complementa: *Questiona a lei, não o direito. Objeto da interpretação é, de modo genérico, a norma jurídica contida em leis, regulamentos ou costumes.*⁵⁴

4.2.1.4 CLASSIFICAÇÃO DOS PROCESSOS DE INTERPRETAÇÃO:

O professor Paulo Bonavides, citando Giancarlo Ospitali, apresenta, quanto ao *tratamento didático da interpretação* a distinção desta quanto às *fontes, aos sujeitos ou agentes* de onde procede; aos meios que emprega e, finalmente, quanto aos resultados que alcança.⁵⁵

⁵¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p. 98.

⁵² Apud MAGALHÃES, Maria da Conceição Ferreira. *A hermenêutica Jurídica*. Op. cit. p. XI-XIII.

⁵³ SALDANHA, Nelson. *Estudos de Teoria do Direito* Op. cit. p. 96.

⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p.398.

⁵⁵ Op. cit. p.399.

1. A classificação quanto às fontes: autêntica - do legislador -, judiciária - do juiz - e doutrinária - do jurista;

2. A classificação quanto aos meios: gramatical, lógica e analógica;

3. A classificação quanto aos resultados: declarativa, extensiva e restritiva;

A doutrina de Limongi França, por sua vez, determina as três seguintes divisões:

1. Quanto ao agente de interpretação: Pública - autêntica, Judicial, Administrativa e usual ou consuetudinária e Privada - doutrinária;

2. Quanto à natureza: gramatical, lógica, histórica e sistemática;

3. Quanto à extensão: - é a mesma de Giancarlo Ospitali⁵⁶.

Interessante é a apreciação dos diversos processos interpretativos por João Baptista Herkenhoff que enumera-os como *momentos* - ou processos - de interpretação conforme se vê:

1. momento - ou processo - literal, gramatical ou filológico;

2. momento - ou processo - lógico ou racional;

3. momento - ou processo - sistemático ou orgânico;

4. momento - ou processo - histórico ou histórico-evolutivo;

5. momento - ou processo - teleológico;

6. momento - ou processo - sociológico⁵⁷.

4.2.1.5 OS MÉTODOS MODERNOS DE INTERPRETAÇÃO

Alguns métodos de interpretação tradicionais foram mesclados, conforme alerta o preclaro mestre Paulo Bonavides. Assim, *brotaram métodos modernos, como o lógico-sistemático, o histórico-teleológico e o da escola pura do direito, volvidos todos primeiro para o espírito do que para a letra das leis.*

1. *O método lógico-sistemático*: trata-se da hermenêutica lógico-formal na qual a interpretação ocorre ao ser concebida, a norma, como parte de um sistema jurídico unívoco objetivamente, de forma a ser desvendada a *ratio* ou *mens legis*.

2. *O método histórico-teleológico*: leva em consideração a história da proposição legislativa, destacando os fatores influentes tais como econômicos, sociais e políticos. A

⁵⁶ FRANÇA, R. Limongi, *Hermenêutica Jurídica*. Op. cit. p. 5-13.

⁵⁷ Interessante e riquíssima é a explicação que o autor ministra sobre cada "momento". Ver in HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o Direito: à Luz...* Op. cit. p.15.

jurisprudência de interesses de P. Heck, se traduz pela aplicação do referido método, procurando uma interpretação evolutiva ou progressiva que permite observar os interesses das partes envolvidas.

3. *O método voluntarista da Teoria Pura do Direito*: para o método Kelseniano, a interpretação é em essência um ato de decisão (um ato volitivo, um *Sinngebung*), e não um ato de cognição (um ato intelectual, um *Sinnverstaendnis*). Kelsen entende a interpretação como um procedimento espiritual que acompanha o processo de produção do direito em seu curso, desde o grau mais alto ao grau mais baixo, processo em que o grau inferior aparece sempre condicionado ou determinado pelo grau superior na escala da hierarquia normativa.⁵⁸ Paulo Bonavides capta muito bem a idéia Kelseniana de interpretação:

Assevera Kelsen : Caso se compreenda por 'interpretação' a 'averiguação do sentido da norma aplicável, o produto dessa atividade não pode ser outro senão a identificação do quadro que a norma, objeto de interpretação, representa, e com isso o reconhecimento de várias possibilidades contidas no interior desse quadro'. A interpretação de uma lei, prossegue Kelsen , não deve conduzir, de necessidade, a uma só decisão certa, mas possivelmente a várias. E todas, desde que se possam aferir pela norma a interpretar , são de igual valia , posto que apenas uma , no ato da decisão judicial , venha positivar-se.⁵⁹

Kelsen, também, vê na interpretação uma decisão política, *problema de política do direito* e ainda afirma:

A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação 'correta'. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal de segurança jurídica.(...) apresenta-se falsamente como uma verdade científica aquilo que é tão-somente um juízo de valor político.⁶⁰

4. *Interpretação Sistemática*: um método que merece atenção na interpretação do Direito é o sistemático que Juarez Freitas aborda em sua obra *A interpretação Sistemática do Direito*. Veja-se como é conceituado este método:

É , pois, a interpretação sistemática,o processo hermenêutico , por essência , do Direito, de tal maneira que se pode asseverar que ou se compreende o enunciado jurídico no plexo de suas relações com o conjunto dos demais enunciados, ou não se pode compreendê-lo adequadamente. (...) Mais do que a valorização deste ou aquele princípio singularmente considerado, o que precisa ser destacada é a necessidade da hierarquização dos princípios, das normas e dos valores, à vista da condição de mutuamente entrelaçados⁶¹

A interpretação sistemática como sempre hierarquizadora e finalística em face da natureza do ordenamento jurídico: (...) a cada passo se robustece a certeza da instrumentalidade do Direito positivo. De fato, o Direito existe para que sejam alcançadas e viabilizadas concretizações de princípios e valores, que dele necessitam receber o apoio para que se façam eficazes e efetivos, num determinado contexto histórico.⁶²

Destarte, assumindo uma ótica ampliativa e mais bem equipada, a interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias , a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos.⁶³

⁵⁸ Apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p.408.

⁵⁹ Apud Op. cit. p.409.

⁶⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Op. cit. p. 396.

⁶¹ JUAREZ FREITAS. *A interpretação Sistemática do Direito*. Op. cit. p. 49.

⁶² Op. cit. p. 27.

⁶³ Op. cit. p. 54.

Com relação ao fato de levar em conta o pensamento do legislador, parece que este deve ser preterido considerando prioritariamente o sentido do sistema como um todo. Veja-se:

Frise-se que qualquer norma singular só se esclarece plenamente na totalidade das normas, dos valores e dos princípios jurídicos. (...) Neste quadro, para além do sentido da norma singular, o intérprete deve descobrir o sentido do sistema em relação à proposição prescritiva, não raro sem coincidência com a vontade do legislador histórico, de difícil apreensão precisa. Tal vontade histórica é menos importante do que a vontade normativa presente, em função da própria historicidade do direito, que reclama a sua adaptação às necessidades finalísticas contemporâneas. Ao interpretar qualquer norma ou comando principiológico, o exegeta deve auscultar os fins para os quais se encontra erigida na atualidade. Deve, sim, realizar a máxima justiça possível, sem usurpar as funções típicas do legislador, respeitando a independência dos poderes⁶⁴

O entendimento primordial no método sistemático está na hierarquização das normas conforme consideração valorativa do interprete segundo afirma Juarez Freitas:

Portanto, o princípio da hierarquização axiológica contém em si o fundamento dos demais critérios ou princípios superiores, ou seja, com algum cuidado, poder-se-ia asseverar - guardadas várias distinções - que funciona analogamente como o princípio supremo de todos os juízos sintéticos, somente que no campo jurídico.⁶⁵ (...) uma interpretação sistemática realiza sempre uma hierarquização axiológica, de sorte a fazer preponderar, inclusiva e exclusivamente, ora a norma superior, ora, em caso de antinomia pendente, o princípio superior, recorrendo-se, em todas as hipóteses, expressa ou oculta, ao princípio da hierarquização, inclusive ao lidar com princípios e regras de prioridade, tendo em vista as exigências do próprio sistema, que reclama sejam dirimidas as controvérsias, sempre na certeza de que bem interpretar é concretizar a máxima justiça sistemática possível.⁶⁶

Por fim, ainda se há de trazer pequena reflexão sobre a possibilidade de avaliação dos diversos métodos interpretativos. Paulo Bonavides toma a seguinte posição:

Com respeito à superioridade que possa demandar cada um dos métodos de interpretação jurídica, a conclusão é sem dúvida desalentadora, porquanto nenhum oferece "uma receita infalível para estabelecer o sentido preciso das leis", podendo sua aplicação conduzir a resultados contraditórios, o que levou o jurista belga Du Pasquier a assinalar que a personalidade do intérprete é o que vale e prepondera, pois interpretar, diz ele, é mais uma arte do que uma ciência. Uma arte intimamente voltada para a vida, uma operação técnica que conduz o intérprete de modo pragmático a "entender para agir ou de qualquer maneira para decidir".⁶⁷

4.2.2 INTERPRETABILIDADE DO DIREITO CONSTITUCIONAL

4.2.2.1 PECULIARIDADES:

Ab initio, sejam destacados dois aspectos enumerados pela maestria de Anna Cândida da Cunha Ferraz observando que distinguem a interpretação jurídica em geral da interpretação constitucional, *de um lado, o denominado elemento político, que impregna as normas constitucionais; de outro, as categorias das normas constitucionais ou, como ensina a*

⁶⁴ *Op. cit.* p. 16.

⁶⁵ *Op. cit.* p. 81.

⁶⁶ *Op. cit.* p. 101

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. *Op. cit.* p.417.

*doutrina, a tipologia das normas constitucionais*⁶⁸.

O Direito Constitucional por sua natureza admite uma interpretação criativa, *pois a Constituição, além de conter um conjunto de normas, constitui ela própria uma grande norma aberta, sendo a sua interpretação um processo de constante legitimação de valores históricos*⁶⁹.

De outro lado, Celso Bastos enumera *quatro singularidades da normas constitucionais vistas sob o ângulo da sua interpretação*. São elas:

a) Inicialidade pertinente à formação originária do ordenamento jurídico em grau de superioridade hierárquica. b) Conteúdo marcadamente político, visto ser a constituição o "estatuto jurídico do fenômeno político" na feliz síntese conceitual de Canotilho, c) Estrutura da linguagem caracterizada pela síntese e coloquialidade e d) Predominância das chamadas "normas de estrutura", tendo por destinatário habitual o próprio legislador ordinário.⁷⁰

O mestre Paulo Bonavides afirma que a *interpretação da constituição é parte extremamente importante do Direito Constitucional*⁷¹. Transformações sensíveis se observam, a partir de novos métodos interpretativos, mesmo ao ser mantida a Lei Constitucional. Aliás, a importância da interpretação constitucional está, também, vinculada à flexibilização de seu entendimento, assim, a rigidez das constituições é acomodada às exigências do meio político-econômico-social.

Também, Paulo Bonavides, destaca dois aspectos de importância quanto à natureza política das normas constitucionais; quais sejam:

elas são de superior categoria hierárquica em face das normas da legislação ordinária, já pela natureza de que algumas se revestem (constitucionalidade material), já em razão do instrumento a que se vinculam ou aderem (constitucionalidade formal) (...) Em segundo lugar - (...) a norma constitucional é de natureza política, porquanto rege a estrutura fundamental do Estado, atribui competência aos poderes, dispõe sobre os direitos humanos básicos, fixa o comportamento dos órgãos estatais e serve, enfim, de pauta à ação dos governos, visto que, no exercício de suas atribuições não podem eles evidentemente ignorá-la.⁷²

É evidente, pois, que incorre em erro, o jurista que tenta interpretar a norma constitucional sem considerar os aspectos político-ideológicos. Aliás, é ponto pacífico entre os doutrinadores a magnitude do problema inerente à interpretabilidade do Direito Constitucional devido ao fato de suas normas possuírem conteúdos tão abrangentes, ainda aplicáveis em uma sociedade tão dinâmica como a atual. Lembra J. H. Meirelles Teixeira que *a mesma norma constitucional deve aplicar-se a contingências, situações e circunstâncias históricas por vezes*

⁶⁸ FERRAZ, Cândida da Cunha, *Processos informais de mudança da Constituição*, Op. cit. p. 25.

⁶⁹ STUMM, Raquel Denize, *Princípio da Proporcionalidade: no Direito Constitucional Brasileiro*, Op. cit. p. 16.

⁷⁰ BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de Direito Constitucional*, Op. cit. p. 103-6.

⁷¹ BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, Op. cit. p. 417.

⁷² Op. cit. p. 419-20.

*mui diversas, e daí a necessidade de sua adaptação a essas condições especiais de cada época*⁷³.

Sendo, para Canotilho e Vital Moreira, a interpretação *um 'discurso' ou 'processo' complexo que incide sobre um enunciado linguístico, tendo por objeto uma disposição e resultado uma norma; parte ele das premissas básicas de interpretação constitucional em que a "Constituição é uma lei" formada por um "conjunto de normas"* ⁷⁴.

Ao referir aos problemas de interpretação, aplicação e concretização do Direito Constitucional, Canotilho chama a atenção para o fato de que tal discussão se dá em torno de duas correntes doutrinárias: os interpretativistas e os não-interpretativistas, traduzindo maior ou menor liberdade para o atuar dos julgadores⁷⁵

4.2.2.2 OBJETIVO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL:

Quanto ao objetivo, tem-se que manifestar o pensamento sobre a interpretação constitucional é, em última análise, pensar em interpretação da constituição com vistas à sua *concreção*; quer dizer, sua realização e aplicabilidade ao caso concreto, mesmo, quando da elaboração da normatividade infra-constitucional. Na perspectiva de Canotilho, o objeto da interpretação da Constituição é *uma disposição (ou parte dela) ou um conjunto de disposições da lei constitucional, procurando captar o seu significado, isto é, a norma (ou um fragmento ou um conjunto de normas)*⁷⁶.

Norma, assim, não é a simples disposição legislativa, mas também o entendimento que se tem do dito texto legal em relação, também, ao meio social.

⁷³ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p.266.

⁷⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição* Op. cit. . p.51.

⁷⁵ Idem. *Direito Constitucional* Op. cit. p.197.

⁷⁶ Idem e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Op. cit. p. 51.

4.2.2.3 PRINCÍPIOS NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.⁷⁷

Enriquecendo a pesquisa eis alguns dos princípios mais comuns observáveis em nível de interpretação constitucional. É de lembrar que cada método, se abordado particularmente, tem suas peculiaridades e princípios próprios.

1. *Princípio da unidade da constituição*: no processo interpretativo deve-se buscar um sentido caracterizador da vontade unívoca da Constituição. Segundo Celso Bastos é necessário que o intérprete procure as recíprocas implicações de preceitos e princípios, até chegar a uma vontade unitária na Constituição. Alertando, ainda, para o fato das constituições compromissórias apresentarem princípios que expressam ideologias diferentes, o autor observa que, do ponto de vista jurídico são sem dúvida passíveis de harmonização desde que se utilizem as técnicas próprias do direito⁷⁸.

Canotilho, também, ensina que o princípio da unidade da Constituição é o de unidade hierárquico-normativa, afastando-se qualquer idéia de plenitude lógica do ordenamento constitucional e qualquer idéia valorativo-integracionista, conducente à idéia de constituição como ordem de valores. Este princípio, pois, significa que todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade.⁷⁹

2. *Princípio da inexistência de normas inúteis na Constituição*: todas as normas têm um mínimo de conteúdo jurídico apreciável.

3. *Princípio de interpretação conforme à constituição*: ensina Celso Bastos que se deve, dentro do possível, elastecer ou restringir a norma de modo a torná-la harmoniosa com a Lei Maior.⁸⁰ Já, aqui, fica evidente o entendimento de que a norma não pode ser interpretada extensivamente quando se possa, assim, ferir o todo Constitucional sob pena de se verificar a inconstitucionalidade da norma constitucional. Assunto polêmico este da discussão de normas ou princípios que possivelmente estejam antagônicos nos textos constitucionais.

4. *Princípio da concordância prática*: Vieira de Andrade, citado por Raquel D. Stumm, assim diz que na defesa de todos os valores constitucionais se deve proceder a um método e um processo de legitimação das soluções que impõe a ponderação de todos os valores

⁷⁷ Um catálogo típico de princípios da interpretação próprios para processo metódico de concretização constitucional pode apresentar os seguintes itens: 1. Princípio da Unidade da Constituição, 2. Princípio do efeito integrador, 3. Princípio da máxima efetividade, 4. Princípio da justiça ou da conformidade funcional, 5. Princípio da concordância prática ou da harmonização e 6. Princípio da força normativa da constituição. Ver in Idem. *Direito Constitucional Op. cit.* p.226-30.

⁷⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p. 99.

Da mesma forma JJ. Gomes Canotilho in _____. *Direito Constitucional*. Op. cit. pp. 165-177.

⁷⁹ Op. Cit. p.191.

⁸⁰ Op. cit. p. 102.

*constitucionais aplicáveis, para que se não ignore alguns dele, para que a Constituição, (essa sim) seja preservada na maior medida possível*⁸¹.

5. *Princípio da hierarquização axiológica*: em que se tem como dada uma escala de valores para os princípios e regras.

6. *Princípio do efeito integrador*: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política.⁸² Denota-se um caráter político que tem supremacia sobre o entendimento último de justiça.

7. *Princípio da máxima efetividade*: princípio que abre um grande número de possibilidades em uma atitude interpretativa de resultados maximizados em relação à concretude da norma. Neste caso, *a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê*.⁸³

8. *Princípio da justeza ou da conformidade funcional*: dentro da ótica da divisão de poderes, tal princípio (...) *tem em vista impedir, em sede de concretização da constituição, a alteração da repartição de funções constitucionalmente (sic) estabelecida*.⁸⁴

9. *Princípio da força normativa da constituição*: com este princípio, Canotilho ensina que *deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a "atualização" normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência*⁸⁵.

4.2.1.4 MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Em termos de interpretação constitucional, é muito árdua a tarefa de estabelecer critérios absolutos. Isto se dá, até mesmo, em função do caráter político-jurídico das normas a serem interpretadas. Paulo Bonavides lembra que *a interpretação constitucional se move pois no plano delicado da dicotomia (...): de um lado o jurídico, doutro, o político, ambos (...)*.

⁸¹ STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade: no Direito...* Op. cit. p.58.

⁸² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Op. cit. p. 227.

⁸³ Op. cit. p.227

⁸⁴ Op. cit. p.227

⁸⁵ Op. cit. p. 229.

*demandando a única solução possível: o equilíbrio desses dois pratos na balança constitucional*⁸⁶.

Muitas vezes, as próprias decisões dos Tribunais Constitucionais estão revestidas de caráter eminentemente político em detrimento de um ideal maior de justiça, que não a meramente formal.

Aumentam as preocupações em torno do questionamento filosófico do Direito. Em que nível de valores deve ser tratado o fenômeno social? Qual metodologia se mostra eficiente no trato do interesse social? Como tornar justa a decisão judicial em meio à problemática do manutenção da governabilidade de um País?

Enfim, a polêmica não é pequena; mas, por ora, cabe verificar a moderna interpretação constitucional. Esta caracteriza-se como reação ao positivismo lógico-formal que prosperou na época do Estado liberal garantindo o *status quo*, mas que, obviamente, se apresenta, hoje, ineficiente em tempos de neo-liberalismo, pós - *Welfare State*. As constituições, hodiernamente, têm por escopo estabelecer a ligação do Direito com a Sociedade; do Estado com a práxis inerente à legitimidade e do governo com os valores, as exigências e necessidades do meio social. Neste afã devem primar, os juristas, para adaptarem as constituições normadas às constituições reais. Verifiquem-se, pois, alguns dos possíveis métodos, com a ressalva já feita quando do estudo dos métodos de interpretação em geral.

1. *Método Integrativo ou científico-espiritual*: destaca-se a figura de Rudolf Smend cuja concepção é precursoramente sistêmica e espiritualista. Vê na Constituição um conjunto de distintos fatores integrativos com distintos graus de legitimidade⁸⁷. Assim prepondera a conexidade da norma individual e o contexto Constitucional, passando, esta, a ser mais política do que jurídica; relevando-se o sistema de valores sócio-político-econômicos e valores reais da sociedade.

2.. *Método Interpretativo de concretização*: apresenta três elementos básicos a saber: 1. a norma que se vai concretizar, 2. a *compreensão prévia* do intérprete e 3. o problema concreto a resolver.

Este método torna a constituição maleável na medida em que propicia, *racionalmente, por via técnica, sem compromissos inibitórios de limitação jurídica rígida, os fins do Estado em toda a requerida e almejada amplitude. O método concretista considera a interpretação constitucional uma concretização, admitindo que o intérprete, onde houver obscuridade,*

86 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p.422.

87 Rudolf Smend *apud* Op. cit. p.436.

*determine o conteúdo material da Constituição*⁸⁸.

Três autores alemães se destacaram na concepção deste método: Konrad Hesse, Friedrich Müller e Peter Häberle. Konrad Hesse prescreve ao Direito Constitucional, referindo à sua interpretação como concretização, expondo, literalmente:

*La interpretación constitucional es "concretización" (Konkretisierung). Precisamente lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución es lo que debe ser determinado mediante la incorporación de la "realidad" de cuya ordenación se trata (...) En este sentido la interpretación constitucional tiene carácter creativo: el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación; ahora bien, sólo en ese sentido posee carácter creativo: la actividad interpretativa queda vinculada a la norma*⁸⁹

Portanto, para Konrad Hesse:

A interpretação da Constituição é concretização. (...) A concretização e a compreensão só são possíveis em face de um problema concreto, ao mesmo passo que a determinação de sentido da norma e sua aplicação a um caso concreto constituem um processo unitário, ao contrário dos outros métodos que fazem da compreensão da norma geral e abstrata e de sua aplicação dois momentos distintos e separados.⁹⁰

3.. *Método tópico de interpretação constitucional* ⁹¹ : destacam-se, aqui, as obras de Theodor Viehweg em 1953, denominada *Topik und Jurisprudenz* e de Josef Esser. Este último afirma:

pensar o problema constitui o âmago da tópica. Novo estilo de argumentação e acesso à coisa, a tópica não é uma revolta contra a lógica, conforme se pretendeu equivocadamente inculcar. Busca em primeiro lugar, demonstrar que o argumento dedutivo não constitui o único veículo de controle de certeza racional, pelo menos o único que não engana. ⁹²

Trata-se, então, de técnica voltada ao problema concreto que, uma vez encontrado, recebe solução com base na eleição de critérios recomendáveis. O Direito anglo-americano do *case-law* exemplifica esta escola. Com a tópica, ocorre a hegemonia do caso concreto sobre a norma e o sistema.

4. *Método racionalista de concretização criado pela teoria material da Constituição*: trata-se da junção da Tópica de Viehweg com a corrente científico - espiritualista de fundamentos realistas de R. Smend.

5. *Método concretista de inspiração tópica*: Friedrich Müller interpreta a norma, concretizando-a, em uma amplitude que foge à simples análise do texto. É método racionalista e concretista em que entram em jogo:

os seguintes elementos de concretização da norma: os elementos metodológicos numa acepção estrita (os da interpretação gramatical, histórica, genética sistemática e "teleológica", a par de alguns princípios isolados de interpretação constitucional),

⁸⁸ Op. cit. p. 439.

⁸⁹ KONRAD HESSE. *Escritos de Derecho Constitucional*. Op. cit. p. 43.

⁹⁰ Apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p. 439.

⁹¹ Método analisado como tópico-problemático in CANOTILHO. *Direito Constitucional*. Op. cit. p. 213.

⁹² Apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. p. 448.

os elementos do âmbito da norma , os elementos dogmáticos , os teóricos ou de uma teoria da Constituição, os elementos técnicos de solução e os elementos político-jurídicos ou político-constitucionais 93

6. *Método concretista da Constituição aberta* : Peter Häberle democratiza o processo interpretativo . Diz Paulo Bonavides: *a construção teórica de Häberle parece desdobrar-se através de três pontos principais: o primeiro, o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição; o segundo, o conceito de interpretação como um processo aberto e público e, finalmente, o terceiro, ou seja, a referência desse conceito à Constituição mesma, como realidade constituída e "publicização"* 94

7. *Método da interpretação conforme a Constituição*: preconiza a interpretação das normas infra-constitucionais conforme o Texto Constitucional, ou seja, *interpretá-las num sentido que favoreça o mais possível o seu conteúdo, restringindo-o no estritamente necessário* 95 .

8. *Método clássico de interpretação da Constituição - método jurídico* 96 : método encabeçado por Forsthoff que se utiliza dos mesmos métodos hermenêuticos de interpretação das leis ordinárias conforme desenvolvido por Savigny.

9. *Método da teoria dos valores para a interpretação da Constituição*: nesta forma de interpretação devem ser levados em conta os valores consagrados na sociedade. No dizer de Raquel D. Stumm *a recepção da ordem social exerce um papel marcante no sentido da legitimação da concretização adaptada a uma realidade histórico-cultural.* 97

10. *Método de interpretação sistemática*: Juarez Freitas apresenta o processo hermenêutico em sede de Direito Constitucional. Veja-se, inicialmente, seu conceito de constituição e, posteriormente, algumas premissas do método propriamente dito:

Direito Constitucional : Constituição pode ser adequadamente conceituada como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios , de normas e de valores de ordem suprema , cuja função é a de , evitando ou superando antinomias axiológicas , dar cumprimento aos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

(...) a interpretação conforme a Constituição passa a ser, antes de mais, uma exegese que prestigia os princípios fundamentais enraizados ao longo da Carta, cumprindo ao intérprete, criteriosamente, desvelá-los e proteger-lhes a eficácia ou efetividade, no sentido largo do termo.

(...) lidar com a Lei Maior, haverá de ser pronunciadamente principiológica e marcada por uma hierarquização inclusive de princípios , que será tanto melhor e mais legítima quanto mais sistemática e apta a conferir ao sistema a sua coerência interna e aquela abertura para a melhor sintonia com as justas e legítimas aspirações da sociedade.

Em síntese , por conseguinte, na seara da interpretação constitucional, é de se enfatizar, nesta breve ilustração, que :

a) a interpretação sistemática opera, no exame da Constituição , hierarquizando princípios, normas e valores (pelo metacritério hierárquico axiológico), priorizando aqueles considerados fundamentais e escalonando-os entre si , quando em antinomia ou para evitá-la ;

b) a tarefa primeira do intérprete consiste , pois , em fixar o catálogo tópico de princípios, aprimorando-o, constantemente, para fazê-lo cumprir a precípua função sistematizadora intrínseca ao processo interpretativo, ainda que reconhecendo, neste mister científico e rigoroso , tratar-se - a sua elaboração mesma - de um projeto aberto às mutações axiológicas.

93 *Op. cit.* p.464.

94 *Op. cit.* p.466.

95 STUMM. Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade* : no Direito Constitucional Brasileiro. *Op. cit.* p.70.

96 Denominação apresentada in CANOTILHO , J.J.Gomes. *Direito Constitucional.* *Op. cit.* p.200.

97 STUMM. Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade* : no Direito Constitucional Brasileiro. *Op. cit.* p.25.

c) o controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, nada mais representa do que o controle de sistematicidade do Direito como um todo, fato especialmente claro no processo objetivo de controle direto⁹⁸

11. *Método Construtivista* : J. H. Meirelles Teixeira conceitua o interpretar a Constituição como um compreender o sentido e o alcance de suas normas, pelo exato entendimento das suas expressões, de acordo com suas finalidades, e tendo em vista as condições e necessidades sociais de cada época⁹⁹.

Referindo-se ao construtivismo constitucional, o autor cita Black afirmando:

A expressão *construção constitucional* é de origem norte-americana. O eminente Black, que escreveu sobre o assunto uma obra monumental, hoje clássica na matéria, denominou-a *Handbook on the construction and interpretation of the laws*, isto é, *Manual de construção e interpretação das leis*. Eis aí a distinção, comum à generalidade dos autores norte-americanos, entre interpretação e construção constitucional.

Para os autores que admitem essa distinção, a interpretação é a mera análise e pesquisa do sentido de um texto, mas isoladamente, isto é, considerado em si mesmo, em sua letra, em seus elementos gramaticais e lógicos, a fim de esclarecer-se alguma ambigüidade ou incerteza. (...) o mesmo autor define a *construção* como "a arte ou processo de descobrir e expor o sentido e a intenção dos autores da lei tendo em vista sua aplicação a um caso dado, onde essa intenção se apresenta duvidosa, quer por motivo de aparente conflito entre dispositivos ou diretivas, quer em razão de que o caso concreto não se ache explicitamente previsto na lei".¹⁰⁰

12. *A metódica jurídica normativo-estruturante*: Canotilho explica textualmente os postulados básicos desta metodologia:

1) a metódica jurídica tem como tarefa investigar as várias funções de realização do direito constitucional (legislação, administração, jurisdição);

2) e para captar a transformação das normas a concretizar numa "decisão prática" (a metódica pretende-se ligada a resolução de problemas práticos);

3) a metódica deve preocupar-se com a estrutura da norma e do texto normativo, com o sentido de normatividade e de processo de concretização, com a conexão da concretização normativa e com as funções jurídico-práticas;

4) elemento decisivo para a compreensão da estrutura normativa é uma teoria hermenêutica da norma jurídica que arranque da não identidade entre norma e texto normativo;

5) o texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do iceberg normativo (F. Müller), correspondendo em geral ao programa normativo (ordem ou comando jurídico na doutrina tradicional);

6) mas a norma não compreende apenas o texto, antes abrange um "domínio normativo", isto é, um "pedaço de realidade social" que o programa normativo só parcialmente contempla;

7) Consequentemente, a concretização normativa deve considerar e trabalhar com dois tipos de elementos de concretização: com os elementos resultantes da interpretação do texto da norma (= elemento literal da doutrina clássica); outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa).¹⁰¹

Ex positis, verifica-se que, no campo da interpretabilidade do Direito, o homem está dividido entre o utópico e o prático. Ora assume uma postura realista e voltada ao pragmatismo que busca a solução fática e não raras vezes segundo a letra fria da norma, ora assume posição idealista modificadora do instituído e inovadora.

A interpretação do Direito Constitucional é revestida de grande importância, na medida em que, como norma fundamental, emana, desta, todo o arcabouço princípio-normativo do Direito conformador das relações sociais. O Direito tem, pois, que ser revelado segundo um

98 FREITAS, Juarez. *A interpretação Sistemática do Direito*. Op. Cit. p. 145 -151.

99 TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Op. cit. p.268-69.

100 *Apud Op. cit.* p. 269.

Da mesma forma os princípios do método construtivista podem ser observados in CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Op. cit. p.216-18

101 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional* Op. cit. p.215.

mínimo de praticidade que não lhe impeça no entanto de contemplar o ideal que pulsa no meio social.

A Constituição deve ser interpretada com fins de justiça e harmonia espiritual sim, mas que não relegue a um plano distante a realização material da condição humana.

IncurSIONOU-SE, na exposição acima, pelas veredas da interpretação do Direito procurando o delineamento do pensar contemporâneo para justificar os diversos caminhos possíveis que levem à elucidação e *concreção* da lei. Métodos, princípios e regras são abundantes assim como também o são as ambigüidades normativas a serem resolvidas.

Do exposto, deve permanecer a idéia de que o Direito é dinâmico e que, assim o sendo, faz urgir um acompanhamento *pari passu*, por parte dos doutrinadores e operadores jurídicos a fim de que a letra da lei não se torne obsoleta e ineficiente junto ao meio social, seja qual for a Teoria Geral em que este Direito esteja embasado.

4.3 A MODERNA TÉCNICA ANALÍTICO-INTERPRETATIVA: *LAW AND ECONOMICS*

Apresenta-se, nesta última etapa da construção teórica almejada, explanar a respeito da possibilidade de aplicação da LaE à Ordem Constitucional Econômica de 1988 no que concerne aos seus princípios fundamentantes. Acredita-se, sim, que, até este momento, foi cumprida a meta dissertativa exigida e, a partir de então, se estrutura a tese básica da real possibilidade de aplicação de preceitos e máximas econômicas ao Direito Constitucional Brasileiro de forma a instrumentalizá-lo e legitimá-lo.

Resta, no entanto, um ponto crucial a ser atacado, antes mesmo da análise constitucional propriamente dita; qual seja, responder a seguinte pergunta:

A LaE trata, em verdade, de referir a uma Teoria Geral do Direito inovadora da fundamentalidade deste ou pode ser vista como mero instrumental metódico adequado à nova interpretação jurídico-formal?

Intente-se, pois, a resposta à pergunta acima e, posteriormente, com a adequada segurança, sejam analisados os princípios de caráter econômico inseridos na Ordem Econômica Constitucional de 1988.

4.3.1 LAW AND ECONOMICS: ANÁLISE OU INTERPRETAÇÃO?

A doutrina não é absolutamente concorde quanto à real influência da Economia sobre o Direito¹⁰². Três posições relacionando os dois conteúdos podem ser identificadas. A primeira trata de absoluta relação de causalidade entre a Economia e o Direito, em que aquela é a estrutura sob a qual se ergue este: é o determinismo marxista; a segunda, pode ser vista em Rudolf Stammler como relação de integração na qual a parte substancial - Economia - é somada à parte formal - o Direito - formando um único todo em relação à realidade social e, finalmente, uma relação de interação em que os efeitos da Ciência Econômica anulam os efeitos Jurídicos e vice-versa.

A própria LaE, enquanto movimento, também apresenta suas variações de entendimento quanto à influência questionada, entretanto, a bem da verdade, a corrente majoritária de Posner defende absoluta supremacia do econômico sobre o jurídico de forma a ser justificado, por este entendimento, uma Teoria Geral do Direito embasada no critério de eficiência.

Fato outro, porém, é que existe toda uma crítica contundente formada sobre as premissas das Escolas Economicistas que, realmente, não podem ser ignoradas, conforme já foi abordado.

A dúvida, que surge, então, é que, quanto à transposição da LaE para a sua utilização em função de análise de direitos codificados próprios da *Civil Law*; esta deve e pode ser tida como uma Teoria Geral justificada a partir de máximas economicistas; mormente, no caso da abordagem posneriana de maximização da riqueza, como valor maior para o Direito; ou, deve ser aplicada, sim, mas com o intuito meramente interpretativo de um Direito posto e teorizado sobre demais princípios estruturantes de uma Teoria Geral própria lógico-formalista?

¹⁰² Concorde-se com o posicionamento do Professor Washington A. P. de Souza que expressa:

Se retomamos as tentativas, até aqui realizadas, de sobrepor a Economia ao Direito ou vice-versa, assim como as de reduzi-los a um campo único, vemos que nada se conseguiu além de desviar o raciocínio de sua verdadeira dificuldade. Julgamos, neste particular, que o conhecimento econômico, obtido pelos seus métodos próprios e no campo próprio da Economia, deva ser utilizado pelo conhecimento jurídico, por sua vez obtido em seu campo próprio e por métodos próprios. Um não exclui o outro no conhecimento da realidade social. E, por isso, a Economia Aplicada ao Direito será uma modalidade de estudo da Economia, pela qual a aquisição do conhecimento econômico esteja motivada para explicar a sua manifestação quando na área do Direito.

*Aproveitará igualmente ao jurista e ao economista, porque dará também a este último, a dimensão que decorre da permanente preocupação para com a realidade social de que se ocupa, libertando-o da ilusão de soluções abstratas que padecem de exequibilidade por violarem princípios culturais arraigados. Ver in SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito...* Op. cit. p.32.*

*Canotilho opõe-se tanto à supremacia de uma teoria econômica da política sobre o Direito como à crítica da economia política conforme adverte: (...) a "activa efectividade do direito", em geral, e a força conformadora-normativa do direito constitucional, em particular, pressupõem a sua "relativa autonomia", pois se o direito se identificasse ou fosse sempre "congruente" com as relações de produção ou com outras relações sociais sobre as quais vai actuar, então ele próprio não se poderia considerar como fenómeno social autónomo nem ter eficácia socialmente conformadora. Quer dizer: a relação de "condicionalidade" e a "reciprocidade de efeitos" não justifica uma "economização do direito" e muito menos, uma determinação económico monocausal. Este é o ponto de partida adequado à compreensão da constituição dirigente - uma lei fundamental com "aspirações rectoras", logicamente não dissolvidas nas "relações económicas" existentes no momento da sua génese. Em termos estruturalistas: o sistema jurídico é um sistema de mediação com um "espaço de jogo" relativamente autónomo. Ver in CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente*. Op. cit. p.51.*

A professora Guiomar T. E. Faria manifesta as suas preocupações, inicialmente, questionando a respeito da significação do próprio nome da disciplina a ser traduzido por *Análise Econômica do Direito* ou *Interpretação Econômica do Direito*¹⁰³. Pelo exposto por aquela autora e, pelo decorrente deste trabalho, resultam distintas as operações de interpretar e de analisar e parece que a resposta do enigma está na abordagem positiva ou normativa do Direito.

De outra forma, Guido Alpa refere ao assunto afirmando que *Interpretação Econômica do Direito, Análise Econômica do Direito, são fórmulas homólogas para traduzir, na língua italiana, uma expressão há algum tempo introduzida no uso e que é até corrente na nossa doutrina: Economic Analysis of Law. (em italiano no original)*¹⁰⁴.

Ainda citando, a professora gaúcha Guiomar T. E. Faria, verifica-se sua conclusão a respeito na qual *não se pode pretender reduzir à simples interpretação - preenchimento de lacunas no texto da norma legal - a analysis como empreendida por Posner e seus colegas que, na verdade, apanharam o fenômeno jurídico, o Law como entendido no direito norte-americano - ultrapassando o próprio Common Law, em seu sentido estrito, pois abrange os statutes e os acts, (...)*¹⁰⁵

Santos Pastor, por sua vez, em seu ensinamento, alega esgotamento e insuficiência dos processos jurídico-formais tradicionais de interpretação do Direito afirmando, ainda, que tais métodos constituem em análise da estrutura da própria norma - *doctrinal analysis* - seja através da *legal doctrine* ou da *legal analysis*; porém, sem recorrer a outro campo do conhecimento. Continua, defendendo o exame do *Direito de uma sociedade*, especialmente, para o que entende como *ciência e política jurídicas*, através de *métodos e técnicas* próprios das *ciências sociais* tais como a Sociologia, a Antropologia, a História, a Psicologia e a própria Economia¹⁰⁶. Resume seu pensamento como segue:

Em resumo. O estudo do Direito pode compreender aspectos bem distintos de um fenômeno social; que aspectos sejam os que intentamos conhecer e que método empregamos dependerá das perguntas que nos formulamos. O conhecimento elementar é o descritivo e sistematizador (exegético) do que as normas dizem. Um passo mais é estabelecer algumas regras de interpretação dessas normas com consideração de um sistema de fontes ou de princípios que as mesmas normas estabeleçam. Isto é central no que se denomina análise jurídico-formal ou dogmática jurídica.

Existe um tipo de perguntas para as quais o método de análise anterior é de todo ponto insuficiente. Por exemplo, quando o que se deseja conhecer é o efeito real de uma instituição jurídica, ou quando se intenta desenhar esta de forma que optimize o bem-estar

103 FARIA, Guiomar Therezinha Estrella. *Interpretação Econômica do Direito*. Op. cit. pp.11- 15.

104 ALPA, Guido. *Interpretazione giuridica e analisi economica*. Milano: Giuffrè. 1982. pp. 1-27.

105 FARIA, Guiomar Therezinha Estrella. *Interpretação Econômica do Direito*. Op. cit. pp.15.

106 SANTOS PASTOR, *Sistema Jurídico y Economía : Una introducción al Análisis...* Op. cit. pp. 29-30.

social. Em tais casos o conhecimento do que as normas dizem, por exemplo, não é mais que um requisito prévio e necessário, mas não suficiente. É aí onde entra o trabalho das ciências sociais (em espanhol no original)¹⁰⁷.

Também ensina Juan Torres López quanto à necessidade de socorrer do método econômico-científico da Ciência Econômica para *entender, conhecer, interpretar e valorar os atos jurídicos* chamando a atenção para a intervenção do Estado na vida social fazendo com que o jurista tenha de abandonar seu hermético dogmatismo para assumir uma *perspectiva teleológico-funcional*¹⁰⁸ capaz de superar a *defasagem entre a realidade legal e a realidade social*. Em verdade, o autor reconhece uma evolução quanto à tradicional metódica interpretativa do Direito até culminar, esta, com a LaE. Afirma que, *salvo intentos de Sociologismo Jurídico, a imponente tradição do penamento jurídico-formal amparado no formalismo normativo Kelseniano, na jurisprudência de conceitos ou na teoria da argumentação jurídica, tem levado a Ciência do Direito mais bem pela senda do autoconfinamento distante do encontro com outras ciências sociais. (em espanhol no original)*¹⁰⁹.

Justificando o concurso da Ciência Econômica para entender o Direito, ensina, o autor espanhol:

Para captar o sentido autêntico da norma jurídica haverá de atenderem-se aos objetivos político-econômicos do Estado e isso obriga, inclusive, a incorporar as categorias econômicas ao próprio discurso jurídico. Em particular, cobra especial significação a interpretação e valoração da norma de acordo com os princípios que conformam os textos constitucionais onde incorporam-se os princípios que constituem o ordenamento econômico(...) Esta perspectiva funcional que o Estado intervencionista apresenta, obriga a que o jurista deva internalizar, em maior ou menor medida, os próprios discursos econômicos; deva assumir uma certa forma de pensar "econômica" que garanta a coerência de seu discurso e efetivo acoplamento de sua interpretação e valoração com os condicionantes teleológicos que contêm a norma em virtude de sua vinculação com os objetivos da Política Econômica que persegue o Estado.

*Se produz, pois, um autêntico e importante ponto de inflexão doutrinário: já não é que o Direito preocupe-se pelos fatos econômicos tomando-lhes em maior ou menor grau de consideração, senão, que se trata de, a Ciência Econômica, quer dizer, o modo científico de conhecer os fatos econômicos e sociais em geral, é necessária para conhecer, interpretar e valorar os atos jurídicos. (em espanhol no original)*¹¹⁰ ..

Pablo Salvador Coderch, prefaciando a obra de Hans Bernd Schäfer, assim expressa quanto à integração entre os métodos econômicos e a Ciência do Direito:

(...) o discurso econômico integra-se no jurídico: a Economia não é aqui uma ciência auxiliar, senão que a reflexão jurídica é levada a cabo em termos econômicos - quer dizer, em termos de alocação eficiente de escassos recursos. Isto, que, desde sempre, tem sido rechaçado pelos setores mais encastelados de uma dogmática jurídica entrincheirada na autonomia e suficiência do método jurídico para analisar qualquer problema de regulação ou de interpretação (...) (em espanhol no original)¹¹¹

107 *Op. cit. pp. 30.*

108 TORRES LÓPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho. Op. cit. p. 14-15.*

109 *Op. cit. p. 13.*

110 *Op. cit. p. 15.*

111 SCHÄFER, Hans-Bernd e OTT, Claus. *Manual de Análisis Económico del Derecho. Op. cit. p. 17.*

Ainda, é interessante apresentar o ensinamento do autor pátrio Washington A. P. de Souza no sentido da existência de um *Método Analítico Substancial* de interpretação e elaboração do Direito Econômico embasado na metodologia economicista. Explica que existe:

(...) análise como método comum ao Direito e à Economia, quando nos encontramos diante de normas jurídicas relativas aos fatos econômicos (...) Esta análise penetrará o fato econômico, enquanto considerado como *substância* ou *conteúdo* das normas de Direito Econômico. Dai chamarmos de *Método Analítico Substancial* o que leve em consideração estas peculiaridades, assim como, o julgarmos o mais convincente a este ramo do Direito, pois que oferece como características:

- a) Partir da *observação* para a *explicação* do fato econômico, utilizando-se dos métodos da Ciência Econômica
- b) Elaborar as hipóteses jurídicas relativas ao fato observado, utilizando-se dos métodos do Direito.

Estaremos diante de uma metodologia pluridisciplinar, baseada sobre a análise econômica e sobre a análise jurídica. mas, esta particularidade não compromete de forma nenhuma, o sentido aceitável da metodologia, pois o que importa é que conduz ao satisfatório conhecimento tanto das *estruturas jurídicas formais*, como das *estruturas jurídicas substanciais*. A *norma jurídica* e o seu *conteúdo econômico* revelam-se ao conhecimento nas expressões *formal* e *substancial*, sendo que esta última sempre está condicionada à natureza econômica do fato ou ato regulamentado pelo Direito.¹¹²

Em outra passagem, o professor mineiro expressa sobre dois trabalhos a serem desenvolvidos: o do exegeta e o do analista:

A Ciência Econômica fornecerá, pois, o conteúdo da norma jurídica porque são suas as leis de verificação do fato que o Direito vai limitar em termos da ação humana que o produzirá ou da redação que o próprio fato deve provocar. Percebe-se, então, que se pode desenvolver todo um estudo da Economia com o fim precípuo de ser utilizado pelo Direito. (...) O principal objetivo, em decorrência, seria fornecer ao legislador e ao juiz a visão científico-econômica correta do fato ou da ação posta sob sua análise. E o cientista do Direito encontra neste tipo de estudo aqueles elementos de racionalidade que a simples observação dos costumes ou da realidade social atual não lhe permite concluir com a segurança de informações desejável.

Do mesmo modo, o exegeta recorrerá a tais ensinamentos para interpretar o verdadeiro sentido do texto legal sobre elementos cientificamente obtidos. O analista terá instrumentos para o seu comentário, que o libertam do perigo das apreciações pessoais. E o sintetizador poderá concentrar nas sumas que oferece, o verdadeiro espírito do fato que o direito procura exprimir.¹¹³

Assim, o Direito Econômico, como de resto, todos os demais ramos do Direito, embasado metodologicamente sobre a Ciência Econômica - que, no entender de Keynes *é um método mais que uma doutrina*¹¹⁴ - estuda o fato social e oferece ao aplicador e intérprete da lei condições de entendimento não arbitrárias ou pessoais, mas, eminentemente técnicas; de forma a ser obtida a *concretização, pela aplicação da lei, daqueles princípios fundamentais que se subentende tenham sido fixados pelo legislador constituinte como a expressão da vontade da maioria, e, portanto, como a decisão da própria sociedade a cujos membros e órgãos executivos se deva impor*¹¹⁵.

A doutrina da LaE oferece condições analítico-metodológicas suficientes para um elaborar positivo ou normativo do Direito. As normas jurídicas podem, efetivamente, refletir uma realidade positivamente observada e, inclusive, previsível; como, também, podem ser, elaboradas conforme política previamente traçada segundo a ideologia adotada de forma a

¹¹² SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. Op. cit. p. 61

¹¹³ Op. cit. p. 31.

¹¹⁴ No mesmo sentido, ver TORRES LÓPES, Juan. *Análisis Económico del Derecho*. Op. cit. p. 9.

¹¹⁵ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. Op. cit. p. 247.

propiciarem, ao Direito, um caráter funcionalista e consequencialista. Assim, o Direito passa de mero controlador social, para induzidor de políticas através de sistemas de incentivos e desestímulos normativos.

Do exposto, é sugerida a tese de que existem duas abordagens quanto à natureza da LaE que pode ser vista, inicialmente, como Teoria Geral do Direito universalizante, justificando-a enquanto conhecimento ôntico embasado em uma racionalidade econômica cuja metodologia encerra a combinação de individualismo metodológico, lógica dedutiva e empirismo; e, em um segundo momento, pode ser identificado, na própria LaE, toda uma metódica compreensivo-interpretativa do fenômeno jurídico que se adapta aos demais métodos dogmático-jurídicos, mormente aqueles que priorizam o fenômeno social.

A LaE não sendo mero método interpretativo de normas, mas estando ligada à raiz racional fundamentante do Direito enquanto Ciência e Política, entretanto, não desconhece a possibilidade de utilização dos diversos métodos de interpretação para o entendimento e valoração das normas tomadas especificamente. Lembre-se que, conforme o já lembrado Paulo Bonavides, a interpretação visa a norma, tão somente¹¹⁶ e; em termos de LaE, a preocupação se dá em função da estruturação de uma Teoria Geral do Direito embasada na metodologia Econômica, quando da criação dessa norma, com função voltada a resultado previamente definido - normatividade Calabresiana ou da interpretação judicial da realidade como se apresenta e segundo o enfoque metodológico economicista - positividade posneriana.

Os métodos interpretativos evoluem ora restringindo o entendimento normativo-jurídico ora ampliando esse entendimento, conforme a necessidade política de fugir da determinação das normas ou de ser garantida sua imperatividade. Portanto, a metodologia interpretativa do Direito perpassa diversas orientações desde Escolas de estrito legalismo ou dogmatismo até às Escolas de reação e finalísticas, sendo de destacar, por exemplo, o Sociologismo de Roscoe Pound e o Direito Livre de Kantorowicz.

Dentro da Sociologia, a Economia já se apresentava com sua metodologia para o entendimento de determinados campos do Direito, mormente, o do Direito Econômico, conforme visto na abordagem do Professor Washington A. P. de Souza e seu *Método Analítico Substancial*. Hodiernamente, no entanto, a LaE, antes de ser instrumental interpretativo, se apresenta como embasamento teórico-justificador do Direito em termos normativistas conforme proposta de Calabresi e, pode ser vista, também, como racionalidade

¹¹⁶ Ver o item 4.2.2.3 deste trabalho.

instrumental interpretativa em termos de análise positiva defendida por Posner.

Em resumo, a LaE, conforme concebida por Posner, trata de uma nova Teoria Geral do Direito; entretanto, apresentando - como de resto seria normal para qualquer teoria - metodologia interpretativa própria - método econômico; além da possibilidade de utilização de outros métodos ou Escolas interpretativas conforme descritas anteriormente; desde que relevadas e priorizadas as orientações da natureza economicista do Direito ou reconhecido o íntimo vínculo deste com a Ciência Econômica.

4.3.2 LAW AND ECONOMICS E OS PRINCÍPIOS GERAIS DA ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Pretende-se, neste tópico da pesquisa, a discussão e aplicação da LaE, abordando as principais disposições do texto Magno de 1988, inclusive, integrando-o com a legislação ordinária para, assim, evidenciar o real tratamento normativo brasileiro quanto aos princípios constitucionais e disposições da Ordem Econômica Brasileira.

A Carta Magna de 1988¹¹⁷ prevê em artigos esparsos bem como em seu Título VII o tratamento da Ordem Econômica e Financeira subdividindo-a em quatro capítulos que, por sua vez, tratam: I - Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, II - Da Política Urbana, III - Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária e IV - Do Sistema Financeiro Nacional.

A ordem Econômica e Financeira Brasileira inserida no Texto Constitucional de 1988 esta conforme a um Estado Democrático de Direito que tem, segundo seu artigo 1º, como fundamentos: *a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político*; ainda sendo perseguidos, como objetivos fundamentais, conforme o artigo 3º: *a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantido o desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza, a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais e promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*.

¹¹⁷ Alerta-se para o fato de que o atual Texto Magno Nacional, sofreu, já, as seguintes revisões: Emenda Constitucional 1 de 31 de março de 1992; Emenda Constitucional 2 de 25 de agosto de 1992; Emenda Constitucional 3 de 17 de março de 1993; Emenda Constitucional 4 de 14 de setembro de 1993; Emenda Constitucional 5 de 15 de agosto de 1995; Emenda Constitucional 6 de 15 de agosto de 1995; Emenda Constitucional 7 de 15 de agosto de 1988; Emenda Constitucional 8 de 15 de agosto de 1988; Emenda Constitucional 9 de 09 de novembro de 1995; Emenda Constitucional 10 de 4 de março de 1996; Emenda Constitucional 11 de 30 de abril de 1996; Emenda Constitucional 12 de 15 de agosto de 1996; Emenda Constitucional 13 de 21 de agosto de 1996; Emenda Constitucional 14 de 12 de setembro de 1996; Emenda Constitucional de Revisão 1 de 1 de março de 1994 e Emendas Constitucionais 2,3,4,5 e 6 de 7 de junho de 1994.

Interessante frisar que, também, quanto aos outros Países, adota, no seu artigo 4º e parágrafo, alguns ditames principiologicos regentes das relações internacionais¹¹⁸; quais sejam: *a independência nacional, a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos; a não intervenção; igualdade entre os Estados; defesa da paz; solução pacífica dos conflitos; repúdio ao terrorismo e ao racismo; cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e, finalmente, a concessão de asilo político; ainda determinando a busca, dentre outras possíveis parcerias, da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.*

Ao se aplicar a LaE aos Princípios Constitucionais da Ordem Econômica de 1988 é almejado, em última instância, a *concretização constitucional da Constituição dirigente superando-se o problema metodológico*, descrito, por Canotilho, como sendo problema inerente à *realização constitucional* ou, mais especificamente, à *normação ou regulação e à aplicação-interpretação*¹¹⁹.

Queixando-se da falência dos *métodos e princípios da interpretação* dogmático-jurídicos, o autor, destaca a divergência entre o momento interpretativo e o aplicativo do Direito condenando os extremismos e arbitrariedades conforme se vê:

*O combate ao positivismo através da radicalização hermenêutica (na linha heideggeriana-gadameriana) conduziu, no seio da metódica constitucional, a uma inversão metodológica e a uma transposição de planos (...) Inversão metodológica: o intérprete, o problema e os "topoi" substituem-se à norma; a "atividade produtiva" da jurisprudência quase que se coloca no mesmo plano da actividade "produtiva" da legislação; a interpretação é mais um "veículo da liberdade judicial" do que um instrumento de aplicação jurídico-normativo*¹²⁰.

118 Impossível deixar de observar o alinhamento do Texto Magno Brasileiro com a CARTA DE DIREITOS E DEVERES ECONÔMICOS DOS ESTADOS conforme Resolução 3.281 (XXIX) aprovada na 2.315ª sessão plenária de 12 de dezembro de 1974.

Segundo o Texto da ONU, seu Capítulo I trata Dos Princípios Fundamentais das Relações Econômicas Internacionais proferindo:

As relações econômicas, políticas e de outra índole entre os Estados se regerão, entre outros, pelos seguintes princípios:

a) Soberania, integridade territorial e independência política dos Estados;

b) Igualdade soberana de todos os Estados;

c) Não-agressão;

d) Não-intervenção;

e) Benefício mútuo e eqüitativo;

f) Coexistência pacífica;

g) Igualdade de direitos e livre determinação dos povos;

h) Solução pacífica das controvérsias;

i) Reparação das injustiças existentes pelo império da força que privem a uma nação dos meios naturais necessários para seu desenvolvimento normal;

j) Cumprimento de boa-fé das obrigações internacionais;

k) Respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais;

l) Abstenção de todo intento de buscar hegemonia e esferas de influência;

m) Fomento da justiça internacional;

n) Cooperação internacional para o desenvolvimento;

o) Livre acesso ao mar e desde o mar para os países sem litoral dentro do marco dos princípios acima enunciados.

119 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente*. Op. cit. p.59.

120 Op. cit. p.60.

Desta forma, se intenta, também, aqui, proceder de forma a *colocar a cabeça hermenêutica dos juristas sobre os pés jurídico-constitucionais e firmar o processo concretizador da lei fundamental sobre uma metódica estruturante positivista* e sobre uma Teoria Geral do Direito embasada na racionalidade econômica.

Conforme foi lembrado através de Eduardo Faria, tem-se que obter um consenso entre a prática legislativa e a realidade verificável no meio social de forma a ser obtida a chamada governança ou governabilidade própria para a satisfação das necessidades; mas, com suporte de recursos suficientes para não se incorrer na utopia¹²¹.

A exeqüibilidade de tal intento pode ser verificada a partir da elaboração normativa pelo parlamentar ou algum representante dos outros poderes - Executivo e Judiciário - dentro das suas esferas de competência ou por algum membro do judiciário, quando da apreciação judicial do caso concreto, sendo relevada, como Princípio Geral do Direito, a eficiência econômica. Ressalte-se que, sob a ótica posneriana - mais conservadora - tal Princípio fundamentante do sistema jurídico passa a ser decisivo na alocação de todos os recursos disponíveis; enquanto que uma aproximação conforme às idéias de Calabresi pode propiciar outras variantes para a idealização do sistema; além do critério efficientista, como, por exemplo, a equidade; tratando de utilizar a Ciência Econômica como instrumental próprio para detectar objetivos alcançáveis segundo normatividade finalística.

Assim, adotada uma corrente economicista, para a estruturação do Direito Pátrio, ainda serão compatíveis as máximas principiológicas Constitucionais dos arts. 1º e 4º, assim como os direitos e garantias do art. 5º desde que sejam considerados os parâmetros de eficiência.

A Constituição, como Lei Magna, em função da generalidade com que trata os assuntos, se apresenta como verdadeiro *estoque de capital normativo* que, justamente, por não tratar, com especificidade, as particularidades do mundo real, tem garantida sua durabilidade e primariedade entre as diversas disposições normatizantes do sistema de forma a não *se depreciar* em curto prazo. Deve, portanto, a Lei Magna, ser analisada e interpretada de forma não restritiva a ponto de não reconhecer a mudança social e, ainda, conforme a uma pragmática que a exclua de uma utopia questionável. Para tanto, os Princípios Gerais do Direito, a analogia, os costumes, a manutenção do *status quo* equitativo e os processos interpretativo-dogmáticos devem estar ajustados a uma visão econômico-jurídica própria dos tempos atuais neoliberais, de forma a instrumentar o discurso jurídico para a realidade da

121 Cf. obra : FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. Op. cit..

escassez de recursos e excesso de demandas.

Desta forma, em um sistema de *Civil Law* como o Brasileiro, resta, à Constituição, determinar as linhas mestras - princípios - que permitam ao Estado e aos particulares proceder defendendo direitos sim, mas, direitos racionalmente instituídos, úteis e apropriados a um mundo não estagnado na inércia da incompetência e do mau uso da riqueza.

Quanto à existência da *dívida social do sistema* - toda espécie de não privilegiados, de desvalidos e de excluídos -, ainda, resta, para o legislador, ação normatizante de cunho social reparatória das situações de disparidade social e vindicadoras de uma melhor posição - ótimo de Kaldor-Hicks - para os referidos indivíduos que, por fim, devem ser reintegrados, no sistema, de forma a obterem seu lugar no processo produtivo.

De outro ângulo, ainda cabe aos magistrados, no julgamento dos casos concretos, considerarem os reais efeitos de suas decisões na realidade de suas comarcas; atuando conforme às possibilidades de recursos existentes e interagindo com a sociedade; evitando desperdícios e práticas que, por fim, venham onerá-la em nome de uma justiça individualista e irracional; atuando, sim, conforme aos novos padrões de reequilíbrio dos agentes econômicos.

Fugindo ao extremismo, no entanto, e ainda acusando uma diversidade no seio da própria utilização da Análise Econômica quanto ao Direito; é possível propor, para o Direito Constitucional Pátrio, não uma estrita Teoria Geral do Direito de cunho economicista, mas, a consideração, em nível interpretativo-analítico das premissas econômicas no alcançar do derradeiro ideal de justiça uma vez que, possivelmente, uma decisão puramente econômica não seja de todo justa, mas, certamente, uma decisão que não tome em consideração os diversos caracteres e circunstâncias envolvidos, dentre os quais, o econômico, seja injusta.

A Constituição Brasileira fundamentada na livre iniciativa - própria do sistema liberal capitalista - e na valorização do trabalho humano - como condição da dignidade humana e como princípio geral que deve presidir a atividade econômica apresenta, como princípios: a Soberania Nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras.

É o que se passa a comentar à luz do tema jurídico-econômico até aqui verificado.

4.3.2.1. DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA:

No artigo 170 da Constituição Brasileira, está previsto que a *ordem econômica* é fundada na *valorização do trabalho humano e na livre iniciativa*, tendo por fim assegurar a todos *existência digna, conforme os ditames da justiça social*, observados os seguintes princípios: 1. soberania nacional; 2. propriedade privada; 3. função social da propriedade; 4. livre concorrência; 5. defesa do consumidor; 6. defesa do meio ambiente; 7. redução das desigualdades regionais e sociais; 8. busca do pleno emprego e 9. tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Ainda sendo, no parágrafo único do mesmo artigo, *assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei*.

No ensinamento de Raul Machado Horta¹²², se verifica a existência de princípios - valores - Soberania Nacional, propriedade privada e livre concorrência; princípios confundidos com intenção - Redução das desigualdades regionais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País e função social da propriedade e, por fim, princípios de ação política - Defesa do consumidor e defesa do meio ambiente.

A Constituição Nacional acena, quanto ao quadro institucional, com um sistema econômico capitalista libero-social, hodiernamente tocado pela praxis neo-liberal e, ainda, indelevelmente tangido pelo intervencionismo estatal, inserido em um contexto político; interno, de Estado Democrático de Direito fundamentado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político - art. 1º CF/88 - e conforme a um contexto externo latino-americano político-econômico neo-liberalizante e integracionista. Preceitua, também, ditames de nuança social conforme se vê em seus fundamentos ao valorizar o trabalho humano para fins de ser alcançada a *Justiça Social* que deve ser entendida, de forma a ser conquistada uma justiça distributiva em perspectiva de existência digna para todo povo. Portanto, liberalismo, intervencionismo e dirigismo representam os extremos e o meio-termo de uma *pendular* posição ideológico-política que ora tende ao libero-individualismo, ora ao sócio-dirigismo.

¹²² HORTA, Raul Machado. *Constituição e Ordem Econômica e Financeira*. Op. cit. p. 20.

O trabalho, antes de ser uma obrigação, é direito de todo brasileiro, que já conseguiu constitucionalizar muitas garantias sociais tais como: a educação, a saúde, o próprio trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. No Texto Constitucional Brasileiro os direitos sociais estão disciplinados no artigo 7º não fazendo parte, diretamente do título inerente à Ordem Econômica. Enumerem-se, no entanto, alguns dos direitos conquistados pela classe trabalhadora urbana e rural:

1. relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;
2. seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
3. fundo de garantia do tempo de serviço;
4. salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;
5. piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;
6. irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;
7. garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;
8. décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;
9. remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
10. proteção do salário na forma da lei, constituindo crime a sua retenção dolosa;
11. participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

Ainda, seguindo a lição de Isabel Vaz, os Princípios da Ordem Econômica previstos no art. 170 CF/88 estão subordinados aos Princípios e aos Objetivos Fundamentais da República - art. 1º e 3º CF/88 - restando aos órgãos ou agentes de concretização das normas preencherem de significação prática tais princípios valorativos e abertos¹²³.

4.3.2.2 SOBERANIA NACIONAL

Quando o Texto Magno, no artigo 170, inciso I, trata da *soberania*; o faz, sem prejuízo do disposto no artigo 1º, inciso I que dispõe sobre a soberania política; entretanto, a soberania passa a ser, também, apreciada em relação à orientação econômica não xenófoba uma vez que nenhum País pode permanecer totalmente isolado, no que concerne ao aspecto econômico, sob pena de estagnar em seu processo evolutivo-desenvolvimentista. Principalmente com a institucionalização de uma Nova Ordem Econômica Internacional, hoje, globalizante, pela qual os diversos países interagem no mercado internacional, são reafirmados os ditames da

¹²³ VAZ, Isabel *Direito Econômico das Propriedades*. Op. cit. p. 219-223.

soberania econômica no sentido de independência na condução da atividade econômica interna e externa dos países. Tal pensamento não significa, porém, que não pode - como de fato, deve - haver uma atitude concertada por parte dos governos no sentido de implementar uma economia forte regional e , quiça global.

Economicamente, a questão da soberania sugere uma abordagem mais flexível em relação ao posicionamento tradicional, na medida em que os diversos países interagem com recíprocas obrigações e direitos em âmbito, cultural, social e econômico neoliberalizante. Não há espaços para isolacionismos em um contexto globalizante em que a diminuição das externalidades deve ser uma constante nos planejamentos governamentais.

Se, politicamente, a *Soberania Brasileira* está assegurada no artigo 1º CF/88; no seu artigo 170, I, esta assegurada, em seu sentido econômico, visando a obtenção da autosuficiência na gestão da riqueza nacional, sem ser despresada toda uma comunidade de países, em especial, os do Mercosul, onde práticas comerciais conjuntas podem levar à diminuição dos custos sociais e ao implemento do desenvolvimento da região através da exploração mais racional dos recursos mesmo que sendo abertas as fronteiras - não raras vezes, reais impecílios causadores de escassez.

Se não há possibilidades para atitudes irresponsáveis e anti-patrióticas para com a riqueza da Nação, também não há espaços para xenofobismos que levem ao estrangulamento das economias internas.

A bem da verdade, se reconhecem os custos internos de uma política aberta para o mercado internacional, entretanto, não se pode fechar as *portas do País* de forma a dar continuidade a políticas protecionistas voltadas à manutenção de um *status quo* incompetente e irracional amparado em um exercício de poder tradicional em detrimento da impossibilidade de novas opções para a Nação.

A curto prazo, é exigido, sim, um alto preço a ser pago, mas, uma vez diminuídas as disparidades regionais, certamente, restará um equilíbrio de mercado que, em condições de livre concorrência, inevitavelmente, caracterizará o ideal de justiça e verdadeira soberania - capacidade de saciar, especificamente, a fome e genericamente, as diversas necessidades e desejos próprios aos povos ermanados.

4.3.2.3 PROPRIEDADE PRIVADA

A *propriedade privada*, garantida no artigo 5, inciso XXII, CF/88, é disciplinada, em âmbito ordinário pela Lei 3.071¹²⁴ - Código Civil. Determina o artigo 524, CC: *A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.*

Percebe-se, na Lei, o *ius utendi, fruendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur*; influência do Direito Romano, apropriado pela ideologia capitalista de mercado através de um Direito legitimador da riqueza individual.

A *consideração economicista da propriedade*, ainda, garante tal direito de forma exclusiva, entretanto, permite seu uso para quem se mostrar eficiente no aproveitamento dessa propriedade. Desta forma, o direito adquirido existe, porém, sujeito a sofrer ingerências de terceiros segundo a capacidade e eficiência de quem explore o recurso. A propriedade passa a ser determinada pela maximização da riqueza tal como é visto na atribuição dos *Property Rights* norte-americanos que, antes de fixarem, arbitrariamente, o direito exclusivo e irrevogável, devem prever possibilidades de ressarcimento indenizatório dos proprietários, por parte de quem proceda de forma a imprimir melhor uso do bem objeto do referido direito. Com esta visão, não é importante verificar, no Direito, a causalidade e culpabilidade e, sim, dar solução adequada à utilização dos escassos recursos de forma finalística. Para tanto, o Direito à Propriedade deve ser assegurado por um sistema jurídico em que as leis e as decisões judiciais passem a considerar soluções eficientes e conformes ao mercado. Presentes, pois, devem estar, neste Direito, as características da universalidade, exclusividade e transferibilidade de forma a tornar eficiente a propriedade e a alocação de recursos.

Hoje, entretanto, este Direito de Propriedade se apresenta, indelevelmente, comprometido com o uso responsável desta, segundo o cumprimento de sua função social. É possível verificar alguns parâmetros delineadores da função social da propriedade no próprio Texto Magno, em seus artigos 5º, XXIII, 182, parágrafo 2º, 184, 186 e 192 em que se especifica quanto à propriedade em geral, urbana e rural:

Art. 5º (...)

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social. (...)

Art. 182 (...)

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

¹²⁴ BRASIL. Lei 3.071 de 1º - I - 1916. Código Civil. Livro II, Título II, arts. 524 a 673.

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. (...)

Art. 186 A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I - aproveitamento racional e adequado;
- II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive sobre:

Portanto, a *propriedade urbana* cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, sendo possível sua desapropriação mediante prévia e justa indenização em dinheiro, bem como facultado ao poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente de:

1. parcelamento ou edificação compulsórios;
2. imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
3. desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Observa-se, no entanto, que, em relação à estipulação dos critérios e graus de exigência característicos da função social, ainda não houve, específica, normatização por parte do legislador infraconstitucional. Assim, a respeito do que seja, ou quando é cumprida a função social da propriedade, em geral, existem diversas tergiversações, inclusive, pelos Órgãos do Executivo, principalmente, na delimitação de tributos progressivos sobre a mesma segundo seu mau uso ou não aproveitamento. É de bom alvitre associar e justificar função social da propriedade com a idéia de utilização racional ou produtiva, principalmente, quando da desapropriação em face da necessidade ou utilidade pública e do interesse social - art. 5º, XXIV, CF/88 - *a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação pôr necessidade ou utilidade pública, ou pôr interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.*

A atribuição de *propriedade rural* é mantida uma vez cumprida sua função social, mormente, quando do impedimento de desapropriação de imóvel rural. Segundo, pois, o artigo 186 CF/88 o imóvel rural que cumpre função social não é desapropriável e, um dos quesitos que caracteriza seu cumprimento é, conforme inciso I, o aproveitamento racional e adequado,

inciso II, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; além de, observância das disposições que regulam as relações de trabalho e a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Parece, pois, que o uso racional de uma propriedade está, intimamente, ligado com sua exploração maximizadora de resultados - eficiência produtiva; não admitindo-se, portanto a ociosidade da riqueza e justificando-se processos de expropriação e redistribuição da propriedade que deve ser amparada nas mãos de quem produz.

Por outro lado, é de lembrar, que, sem uma política adequada de fomento da produtividade, sem recursos adequados, subsídios e tecnologia além de informação, dificilmente alcançar-se-á nível de resultado coerente com a expectativa racional de uso da propriedade.

Regras definidas de indenização pelo uso não autorizado que importe altos custos de transação da propriedade e que, portanto, sejam objeto de litígio em disputas jurídicas devem ser estipuladas de forma a atribuírem-se direitos de uso a quem tenha intenção de pagar mais - *willingness to pay* - pelo uso eficiente desse escasso recurso.

Nesse sentido, a responsabilização civil e os remédios processuais próprios para a eliminação do esbulho possessório e das ações contrárias ao exercício da propriedade perdem seu caráter punitivo e adquirem caráter persuasivo ao possibilitarem reparações segundo preço de mercado pelo não pleno exercício dos poderes potestativos dos proprietários, da mesma forma, que garante-se como princípio, a exploração racional do bem.

Além da possibilidade de desapropriação, a dominialidade particular traduzida pelo Direito de Propriedade, pode, ainda, ser restringida em seu exercício e na aquisição de seu domínio conforme diversas situações previstas em lei. Assim, o Código Civil determina, dentre outras, as servidões prediais - arts. 695 a 712 CC, o direito de vizinhança - arts. 554 a 588 CC; as restrições administrativas quanto ao uso da propriedade - desapropriação, monopólio Estatal e disposições tais como Códigos de Posturas Municipais, etc.

De outra forma lembre-se que, fato relevante no exercício do direito de propriedade está diretamente vinculado à finalidade social que os bens devem apresentar em relação ao conjunto social. Veja-se, com maior detalhe.

4.3.2.4 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A função social da propriedade está, conforme visto, relacionada ao uso e não ao objeto em si. Deve, pois, ser lembrada a divergência acadêmica sobre a visão da propriedade como direito subjetivo ou como função social. No Brasil, exemplificativamente, para o Professor Eros R. Grau, da Escola Paulista de Direito, a propriedade é um direito subjetivo; enquanto, para a segunda posição, na argumentação da Professora Isabel Vaz, representante da Escola Mineira de Direito Econômico, a função social é inerente à propriedade.

Eros Roberto Grau, após tergiversar sobre o assunto, lembrando autores que negam a existência de direitos subjetivos, inclusive por incompatibilidade com o estrito juspositivismo tal como Leon Duguit que detecta a evolução da *propriedade-especulação* para a *propriedade-função-social*; também citando Santi Romano a defender as *funções como poderes que se exercem não por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas por interesse de outrem ou por um interesse objetivo*; acaba concluindo por uma compatibilização entre direito subjetivo e função a partir da *análise da evolução da realidade jurídica* em que ocorre uma *integração da função social nos modernos conceitos de propriedade, que se consuma na conciliação do individual e do social*. Decorrente desta interação ocorre - continua o mestre paulista - *real alteração na própria estrutura da propriedade(...)* que, no entanto, ainda *continua a ser um direito subjetivo, porém com uma função social*.¹²⁵

Por outro lado, a professora Isabel Vaz abordando o Direito Econômico como *Direito de Síntese*¹²⁶ detecta a função social como algo inerente à propriedade, inclusive, interpretando as disposições constitucionais a respeito de forma a ser pensado um direito “à” propriedade. Ensina que, no texto Magno Nacional, é verificável uma *relatividade da garantia do direito de propriedade*, pelo fato de imporem-se-lhe *limitações dimensionais negativas e obrigações de agir positivas (...)* anulando-se, quase, ou perdendo sentido a distinção entre direito (poder) e função (dever), na medida em que é o dever (função) que passa a estabelecer o conteúdo, a garantia e a extensão do direito¹²⁷.

Orlando Gomes e Antunes Varela manifestam sobre o assunto afirmando:

¹²⁵ GRAU, Eros Roberto *Elementos de Direito Econômico*. Op. cit. pp. 112-133.

¹²⁶ VAZ, Isabel *Direito Econômico das Propriedades*. Op. cit. p. 6-7.

¹²⁷ Op. cit. p. 328-336.

(...) a propriedade é uma função social, de que a utilização dos bens para o exercício de uma atividade produtiva, não pode mais ser admitida como um direito natural, que se exerce em proveito próprio, para tirar vantagens, porque se assume os riscos desse exercício. Hoje a idéia de função social está substituindo a de propriedade como direito subjetivo, ilimitado. Houve crítica veemente à idéia de propriedade como função social, porque se dizia que assim se integrava numa definição dois conceitos que se contrapõem, que não se juntam de maneira nenhuma, mas ao contrário colidem violentamente. Se a propriedade é um direito subjetivo, como normalmente é definida, não pode ser ao mesmo tempo uma função, porque uma função implica deveres e quem tem um direito não pode ter, pelo exercício desse direito, também deveres.¹²⁸

Mais adiante, em sua obra, os autores referidos lembram quanto às dificuldades e perigos na definição do que seja a função social da propriedade; se reflete um *direito-dever* pode caracterizar-se uma obrigação a ser definida politicamente - o que pode levar a atitudes totalitárias - ou mesmo, pelo próprio juiz da causa - o que, ainda, pode ser arbitrário. Assim, aconselham quanto à importância da definição de função social da propriedade em lei¹²⁹.

Desta maneira, antes de estabelecer um título ou direito indiscutível de apropriação, deve, a lei, estabelecer, também, possibilidades de responsabilização pelo uso da propriedade, de forma a, mediante uso alternativo eficiente, ser permitida a indenização de proprietários ineficientes ou, mesmo, uma redistribuição, desta, sob auspícios de uma política de amparo ao produtor.

A propriedade, pois, no entendimento segundo a LaE, passa a cumprir sua função social, na medida em que gera riqueza e de forma eficiente, o que, não necessariamente pressupõe igualdade na distribuição daquela. veja-se o afirmado por santos Pastor:

Um dos debates tradicionais em Economia, tem-se constituído em re-assinalar o conflito quase universal entre os objetivos de eficiência e equidade, isto é, em advertir sobre a perda da eficiência que supõe, normalmente, aumentar a igualdade na distribuição da renda ou da riqueza.

Sabido é que, em certas situações a consecução de uma melhor distributividade representa perdas na eficiência e, ao invés, que a eficiência é algo custoso em termos distributivos, isto é, que apresenta perdas distributivas em sua realização. (em espanhol no original) ¹³⁰.

Em uma abordagem normativista conforme à Análise Econômica Calabresiana, pode ser apresentada, como derradeiro objetivo da organização jurídico-formal, a maximização da riqueza de forma a ser obtida, como resultado final do processo produtivo e institucional, o exercício de uma função social para a propriedade. De outra forma, lembre-se que, por vezes, o indivíduo maximiza a utilidade individual através da maximização da utilidade alheia - altruísmo; fato que não incompatibiliza a eficiência com a distributividade.

De importância para a obtenção de um Direito progressivo, atuante e eficaz é a sua finalidade, segundo a LaE, em delimitar, normativamente, o ambiente institucional mercado e

¹²⁸ GOMES, Orlando e VARELA, Antunes. *Direito Econômico*. São Paulo : Saraiva, 1977. p. 170.

¹²⁹ *Op. cit.* p. 171-172.

¹³⁰ SANTOS PASTOR, *Sistema Jurídico y Economía : Una introducción al Análisis Económico del Derecho*. *Op. cit.* p. 35.

corrigir suas falhas. Veja-se, então, quanto ao mercado - ambiente real onde a forma jurídica interage para consecução do ideal de convivência social, desenvolvimento econômico e justiça.

Fugindo aos extremismos, o ensinamento de L. Legaz refere sobre a função do Direito na sociedade contemporânea:

O Direito não somente nutre-se dos fatores do meio econômico (segundo defende o materialismo), senão, também , dos conteúdos espirituais, da caridade e do amor entre os homens. Em consequência, a função mais nobre do Direito, na época presente, consiste em impor a supremacia do espiritual nas relações sociais, sem desconhecer a efetiva influência dos fatores econômicos (em espanhol no original).¹³¹

4.3.2.5 LIVRE CONCORRÊNCIA

A *livre concorrência* consagra o espírito de competitividade e de livre mercado caracterizando o sistema capitalista. É estimulada e protegida, constitucionalmente, no artigo 173, parágrafos 4º e 5º CF/88 que determinam:

Art. 173. (...)

§ 4º. A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º. A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Assegurada, pois, está, no Brasil, a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, ainda responsabilizando os dirigentes e a própria pessoa jurídica¹³², sujeitando, esta última, às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a Ordem Econômica e Financeira e contra a economia popular.

Como legislação infraconstitucional relativa à livre concorrência é destacável a Lei 8884/94, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia e dispõe sobre a *prevenção* e a *repressão* às infrações contra a ordem econômica. Nesta Lei, orientada pelos *ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso*

¹³¹ Apud OTERO DIAS, Carlos. *Una Investigación sobre la influencia de la Economía en el Derecho*. Op. cit. p. 38.

¹³² Cretella Júnior acredita no adágio romano *societas delinquere non potest* entretanto cita dois conceituados penalistas que defendem a possibilidade de responsabilização penal de pessoas jurídicas quais sejam : Cesare Pedrazzi e Paulo José da Costa Júnior . Conforme obra Direito penal das sociedades brasileiras. São Paulo: Editora da RT. 1973. p.27 in CRETILLA JÚNIOR, José . *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Op. cit. p. 4.044.

O art. 5º, XLVI CF/88 prevê as possíveis penas aplicáveis, no Brasil, das quais, são cabíveis às pessoas jurídicas, conforme sua natureza : multa, perda de bens e prestação social alternativa.

do poder econômico - art. 1º, é considerado infrator, conforme segue no artigo 15 - as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal; enquanto que, conforme art. 20, constituem infração da ordem econômica, os atos sob qualquer forma manifestados que, mesmo independentemente de culpa, tenham por objeto ou possam, ser realizados com o intuito de, ou produzindo efetivamente ou ainda quando não alcançados os seguintes efeitos: 1. limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, 2. dominar mercado relevante de bens ou serviços, 3. aumentar arbitrariamente os lucros e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

O mesmo artigo 20, §1º exclui de penalidade o chamado monopólio natural em que a *conquista de mercado se dá de forma natural fundada na maior eficiência do agente econômico*, enquanto os §§ 2º e 3º determinam o que seja posição dominante - situação em que uma *empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa*; sendo presumida essa posição quando a *empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante*

Ainda, na Lei 8.884/94, em seu artigo 21, são enumeradas condutas que caracterizam infração da Ordem Econômica, sendo admitido, no entanto, outras tipificações caracterizadoras dessa conduta desleal em mercado que deverão ser submetidas à apreciação do CADE - art. 54 *caput* da mesma Lei:

Art. 21. (...)

- I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;
- II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;
- III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias primas ou produtos intermediários;
- IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas no mercado;
- V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;
- VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;
- VII - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;
- VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;
- IX - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;
- X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;
- XI - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

XII - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XIII - recusar a venda de bens ou prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XIV - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XV - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los distribuí-los ou transportá-los;

XVI - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XVII - abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações, sem justa causa comprovada;

XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;

XIX - importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não seja signatário dos acordos *Antidumping* e de subsídios do GATT;

XX - interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa comprovada;

XXI - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XXII - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;

XXIV - impor preços excessivos, ou manter sem justa causa o preço do bem ou serviço.

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

Trata, também, dos crimes contra a ordem econômica a Lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990¹³³. O dispositivo legal apresenta sua tipificação voltada principalmente aos aspectos tributários conforme se vê nos seus artigos 1º, 2º e 3º, além de tratar dos crimes contra as relações de consumo no capítulo II:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável,

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato,

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativo à venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-lo em desacordo com a legislação;

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Art. 3º Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo I):

I - extrair livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social;

II - exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente.

III - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público.

Complementando a legislação de defesa da livre concorrência, dispõe a Lei 8.137/90, especificamente, em seus artigos 4º, 5º e 6º; veja-se:

¹³³ BRASIL. Lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a Ordem Tributária, econômica e contra as relações de consumo e dá outras providências.

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I - Abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante:

- a) ajuste ou acordo de empresas;
- b) aquisição de acervos de empresas ou cotas, ações, títulos ou direitos;
- c) coalizão, incorporação, fusão ou integração de empresas;
- d) concentração de ações, títulos, cotas, ou direitos em poder de empresa, empresas coligadas ou controladas, ou pessoas

físicas;

- e) cessação parcial ou total das atividades da empresa;
- f) impedimento a constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente.

II - Formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

- a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;
- b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;
- c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

III - Discriminar preços de bens ou de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio, ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;

IV - açambarcar, sonegar, destruir ou inutilizar bens de produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;

V - provocar oscilação de preços em detrimento de empresa concorrente ou vendedor de matéria-prima, mediante ajuste, ou acordo, ou por outro meio fraudulento;

VI - vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência;

VII - elevar, sem justa causa, os preços de bens ou serviços, valendo-se de monopólio natural ou de fato¹³⁴.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos ou multa.

Art. 5º Constitui crime da mesma natureza:

I - exigir exclusividade de propaganda, transmissão ou difusão de publicidade, em detrimento de concorrência;

II - subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço;

III - sujeitar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de quantidade arbitrariamente determinada;

IV - recusar-se, sem justa causa, o diretor, administrador, ou gerente de empresa a prestar à autoridade competente ou prestá-la de modo inexato, informação sobre o custo de produção ou preço de venda.

Pena - detenção de 2 (dois) a 5 (cinco) anos ou multa.

§ único. (...)

Art. 6º Constitui crime da mesma natureza:

I - vender ou oferecer à venda mercadoria, ou contratar ou oferecer serviço, por preço superior ao oficialmente tabelado, ao fixado por órgão ou entidade governamental e ao estabelecido em regime legal de controle;

II - aplicar fórmula de reajustamento de preços ou indexação de contrato proibida, ou diversa daquela que for legalmente estabelecida, ou fixada por autoridade competente;

III - exigir, cobrar ou receber qualquer vantagem ou importância adicional de preço tabelado, congelado, administrado, fixado ou controlado pelo Poder Público, inclusive por meio da adoção ou de aumento de taxa ou outro percentual, incidente sobre qualquer contratação.

Pena - detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos ou multa.

A primordial estruturação do mercado está na possibilidade de livre concorrência que, no entanto, se não utópica é, praticamente, impossível dentro das contingências modernas que levam a distorções¹³⁵. Porém, conforme visto, em concorrência perfeita ocorre o melhor nível de produção, do ponto de vista econômico, inclusive, permitindo trocas eficientes e maximização da riqueza¹³⁶.

Em um mercado ideal onde número grande de ofertantes e demandantes transacionam produtos homogêneos, se verifica a diminuição dos custos de transação e das externalidades sendo possível, às partes envolvidas no processo produtivo-social, maximização de seus resultados. Ocorre, no entanto, que, no mundo real, várias distorções são verificáveis nas relações entre ofertantes e demandantes.

Em função da defesa da concorrência, pois, são estruturadas organizações governamentais

¹³⁴ Dispositivo alterado pela Lei 8.884/94.

¹³⁵ Veja-se o disposto, quanto às estruturas de mercado imperfeitas, no tópico 1.6 do Capítulo I deste trabalho.

¹³⁶ Cf. item 1.6.1 no Capítulo I deste trabalho.

próprias como as agências governamentais de controle do mercado - no Brasil CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica e nos EUA, a FTC - *Federal Trade Commission* -, além de ser organizada toda uma legislação própria Antitruste, conforme, já, visto, que inibe o abuso do poder econômico.

De fato, a produção em monopólio ou em condições outras que não as de livre mercado, é menor do que aquela apropriada a economias de escala de livre mercado. Justifica-se, assim, a legislação referida para, segundo a LaE, ser obtida a otimização esperada nas condições de troca e, conseqüente maximização da riqueza; entretanto, ainda sob o enfoque de uma análise econômica, não devem ser condenadas todas as espécies de concentração dessa riqueza. Situações existem em que se faz necessária a exploração da atividade econômica a concentrar os recursos conforme visto em relação, por exemplo, ao monopólio natural.

O Princípio Constitucional da Livre Concorrência deve ser entendido segundo perspectiva que optimize a alocação dos diversos recursos, que, segundo o ambiente institucional do mercado, propicie aumento das possibilidades desenvolvimentistas do País, devendo, ainda, ser considerados, na normatização infra-constitucional, evidentes aspectos econômicos no julgamento das reais situações sob pena de a lei quedar ineficiente.

4.3.2.6 DEFESA DO CONSUMIDOR

O princípio de defesa do consumidor, consagrado, também, como garantia individual, no artigo. 5º, inciso XXXII, CF/88, tem por escopo a proteção legal à *toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, equiparando-se a consumidor, a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo*. (Arts. 1º e 2º § único, do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Lei número 8.078, de 11 de setembro de 1990)¹³⁷.

Alguns aspectos legais e conceituais, além do citado conceito de *consumidor*, merecem destaque, nesta Lei:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

¹³⁷ BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Consideram-se direitos dos consumidores os previstos no artigo 6º da Lei 8.078/90, não excluídos outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como os que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade; conforme, ainda, o artigo 7º da mesma Lei:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX - (vetado)

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Importante ressaltar que a Lei Brasileira fixa responsabilidades independentemente da existência de culpa, nos casos verificados na Seção II e III do chamado Código de defesa do Consumidor; fato que pode ser questionado segundo a LaE. Na Sessão II é tratada a *Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço*, nos artigos 12-17:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa excessiva do consumidor ou de terceiro.

Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

I - o fabricante, o construtor, o produtor ou importados não puderem ser identificados;

II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;

III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

§ único (...)

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - o modo de seu fornecimento;
- II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

- I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
- II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilização pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Art. 15. (vetado)

Art. 16. (vetado)

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Em sequência, o mesmo Código trata da Responsabilidade por Vício do produto e do Serviço, especificamente nos artigos 18-25:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não-duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

- I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, (...)
- II - a restituição imediata da quantia paga, (...)
- III - o abatimento proporcional do preço.

§ 2º Poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, (...)

§ 5º No caso de fornecimento de produtos in natura, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor.

§ 6º São impróprios ao uso e consumo: (...)

Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, da rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

- I - o abatimento proporcional do preço;
- II - complementação do peso ou medida;
- III - a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios;
- IV - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

§ 1º (...)

§ 2º O fornecedor imediato será responsável quando fizer a pesagem ou a mediação e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais.

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

- I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;
- II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
- III - o abatimento proporcional do preço. (...)

Art. 23. A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade. (...)

Já, na Seção IV, artigo 39, o referido Código do Consumidor explicita as práticas consideradas abusivas em relação ao consumidor:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços:

- I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;
- II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;
- III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;
- IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhes seus produtos ou serviços;
- V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;
- VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;
- VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - Conmetro;

IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços;

XI - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido;

XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério;(....).

Verifica-se, pois, finalidade precípua de proteger a relação consumidor-produtor maximizando lucro e satisfação das necessidades almejando, por consequência, a melhoria da qualidade dos produtos, segundo é visto, da mesma forma, na citada Lei 8.137/90, especificamente, em seu artigo 7º; veja-se:

Art. . 7º Constitui crime contra as relações de consumo:

I - favorecer ou preferir, sem justa causa, comprador ou freguês, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores;

II - vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação social;

III - misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para vendê-los ou expô-los à venda como puros, misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para vendê-los ou expô-los à venda por preço estabelecido para os de mais alto custo.

IV - fraudar preços por meio de:

a) alteração, sem modificação essencial ou de qualidade, de elementos tais como denominação sinal externo, marca, embalagem, especificação técnica, descrição, volume, peso, pintura ou acabamento de bem ou serviço;

b) divisão em partes de bem ou serviço, habitualmente oferecido à venda em conjunto;

c) junção de bens ou serviços, comumente oferecidos à venda em separado;

d) aviso de inclusão de insumo não empregado na produção do bem ou na prestação dos serviços;

V - elevar o valor cobrado nas vendas a prazo de bens ou serviços, mediante a exigência de comissão ou de taxa de juros ilegais;

VI - sonegar insumos ou bens, recusando-se a vendê-los a quem pretenda comprá-los nas condições publicamente ofertadas, ou retê-los para o fim de especulação;

VII - induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade de bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária;

VIII - destruir, inutilizar ou danificar matéria-prima ou mercadoria, com o fim de provocar alta de preço, em proveito próprio ou de terceiros;

IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo;

Pena - detenção de 2 (dois) a 5 (cinco) anos ou multa. (...)

Por fim, quanto à intervenção no domínio econômico por parte do Estado para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo, deve ser registrada a disposição 11 da Lei - Delegada número 4 de 26 de setembro de 1962:¹³⁸

Art. 11. Fica sujeito à multa de 150 a 200.000 Unidades Fiscais de Referência - UFIR, vigente na data da infração, sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei, aquele que:

a) vender ou expuser à venda mercadorias ou contratar ou oferecer serviços por preços superiores aos oficialmente tabelados, aos fixados pelo órgão ou entidade competentes, aos estabilizados em regime legal de controle ou ao limite de variações previsto em plano de estabilização econômica, assim como aplicar fórmulas de reajustamento de preços, diversas daquelas que forem pelos mesmos estabelecidas;

b) sonegar gêneros ou mercadorias, recusar vendê-los ou os reter para fins de especulação;

c) não mantiver afixada, em lugar visível e de fácil leitura, tabela de preços dos gêneros e mercadorias, serviços ou diversões públicas populares;

d) favorecer ou preferir comprador ou freguês, em detrimento de outros, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores;

e) negar ou deixar de fornecer a fatura ou nota, quando obrigatório;

f) produzir, expuser ou vender mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição, transgrida determinações legais, ou não corresponda à respectiva classificação oficial ou real;

¹³⁸ BRASIL. Lei-Delegada número 4 de 26 de setembro de 1962. Dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo.

g) efetuar vendas ou ofertas de venda, compras ou oferta de compra que incluam uma prestação oculta, caracterizada pela imposição de transporte, seguro e despesas ou recusa de entrega na fábrica, sempre que esta caracterize alteração imotivada nas condições costumeiramente praticadas, visando burlar o tabelamento de preços;

h) emitir fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida em quantidade ou qualidade, ou, ainda, aos serviços efetivamente contratados;

i) subordinar a venda de um produto à compra simultânea de outro produto ou à compra de uma quantidade imposta;

j) dificultar ou impedir a observância das resoluções que forem baixadas em decorrência desta lei;

k) sonegar documentos ou comprovantes exigidos para apuração de custo de produção e de venda, ou impedir ou dificultar exames contábeis que forem julgados necessários, ou deixar de fornecer esclarecimentos que forem exigidos;

l) fraudar as regras concernentes ao controle oficial de preços, mediante qualquer artifício ou meio, inclusive pela alteração, sem modificação essencial ou de qualidade, de elementos como a embalagem, denominação, marca (*griffe*), especificações técnicas, volume ou peso dos produtos, mercadorias e gêneros;

m) exigir, cobrar ou receber qualquer vantagem ou importância adicional a valores relativos a preços tabelados, congelados, fixados, administrados ou controlados pelo Poder Público;

n) descumprir ato de intervenção, norma ou condição de comercialização ou industrialização estabelecidas;

o) organizar, promover ou participar de boicote no comércio de gêneros alimentícios ou, quando obrigado por contrato em regime de concessão, no comércio de produtos industrializados, deixar de retirá-los de fábrica, dificultando a sua distribuição ao consumidor;

p) impedir a produção, comercialização ou distribuição de bens ou a prestação de serviços no País;

q) promover ajuste ou acordo entre empresas ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessados no objeto de suas atividades, que possibilite fraude à livre concorrência, atuação lesiva à economia nacional ou ao interesse geral dos consumidores;

r) aplicar fórmulas de reajustamento de preços, proibidas por lei, regulamento, instrução ministerial, órgão ou entidade competente;

s) fazer repercutir, nos preços de insumos, produtos ou serviços aumentos havidos em outros setores, quando tais aumentos não os alcancem, ou fazê-los incidir acima de percentual que compõe seus custos;

t) negar-se a vender insumo ou matéria-prima à produção de bens essenciais;

u) monopolizar ou conspirar com outras pessoas para monopolizar qualquer atividade de comércio em prejuízo da competitividade, mesmo através da aquisição, direta ou indireta, de controle acionário de empresa concorrente.

§ 1º Requerer a não-liberação ou recusar, sem justa causa, quota de mercadoria ou de produtos essenciais, liberada por órgão ou entidade oficial, de forma a frustrar o seu consumo, implicará, além da multa a que se refere este artigo, diminuição da quota na proporção da recusa.

§ 2º Na aplicação da multa a que se refere este artigo, levar-se-á em conta o porte da empresa e as circunstâncias em que a infração foi praticada.

Além dos dispositivos citados e de outras específicas determinações, ainda pode ser referido como legislação ordinária inerente à defesa do consumidor: a Lei 1.521¹³⁹ de 26 de dezembro de 1951, a Lei 7.347¹⁴⁰ de 24 de julho de 1985, a Lei 8.176¹⁴¹ de 8 de fevereiro de 1991, o Dec. 861¹⁴² de 9 de julho de 1993, a Lei 8.884¹⁴³ de 11 de junho de 1994, o Dec. 1.306¹⁴⁴ de 9 de novembro de 1994, a Lei 9.008¹⁴⁵ de 21 de março de 1995, a Lei 9.021¹⁴⁶ de 30 de março de 1995,

O consagrado princípio da defesa do consumidor parte da idéia de inferioridade de uma das partes na relação contratual de consumo. O Direito Contratual e, especificamente, o

¹³⁹ BRASIL. Lei 1.521 de 26 de dezembro de 1951 - Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular.

¹⁴⁰ BRASIL. Lei 7.347 de 24 de julho de 1985 - Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.

¹⁴¹ BRASIL. Lei 8.176 de 8 de fevereiro de 1991 - Define crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoque de Combustíveis.

¹⁴² BRASIL. Dec. 861 de 9 de julho de 1993 - Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC e estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas e dá outras providências.

¹⁴³ BRASIL. Lei 8.884 de 11 de junho de 1994,

¹⁴⁴ BRASIL. Dec. 1.306 de 9 de novembro de 1994 - Regulamenta o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, de que tratam os arts. 13 e 20, da Lei 7.347 de 24 de julho de 1985, seu Conselho Gestor e dá outras providências.

¹⁴⁵ BRASIL. Lei 9.008 de 21 de março de 1995 - Cria, na estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho Federal de que trata o art. 13 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, altera os arts. 4º, 39, 82, 91 e 98 da Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 e dá outras providências.

¹⁴⁶ BRASIL. Lei 9.021 de 30 de março de 1995 - Dispõe sobre a implementação da autarquia Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, criada pela Lei 8.884 de 11 de junho de 1994 e dá outras providências.

Direito Contratual que envolve a normatização do consumo refere à relação jurídica onde interagem, reciprocamente, as partes envolvidas de forma que os atos praticados por uma delas refletem, inquestionavelmente, na situação da outra; ainda mais, se consideradas as possibilidades de risco e incertezas envolvidas na execução dos contratos, no tempo, e na impossibilidade de certezas próprias de certas circunstâncias inerentes à especificação dos objetos contratados.

Uma interpretação analítico-econômica deste dispositivo constitucional, leva a entender que, ao ser determinada maior proteção para o consumidor, em contra-partida, se onera o ofertante que, automaticamente, em condições de mercado monopolizado, repassa os custos para o, pretensamente defendido, consumidor e, em mercado livre, se vê, dito ofertante, obrigado a assumir, isoladamente, tais custos até o limite em que se faça inevitável sua falência; ou, de outra forma, também sejam elevados os custos em nível de mercado quando, então, as novas exigências passam a ser impostas à indústria.

A questão básica está em determinar o nível ótimo entre a proteção legal e o valor que o consumidor está disposto a pagar pelo acesso ao bem ou serviço.

Outro aspecto que deve ser abordado na relação de consumo é a questão da proteção contratual. A Lei Brasileira¹⁴⁷ consagra a voluntariedade das partes na relação contratual conforme visto no artigo 1.079 CC : *A manifestação da vontade, nos contratos, pode se tácita, quando a lei não exigir que seja expressa.*

No caso da Lei 8.078/90, não esquece-se de referir quanto à responsabilidade e proteção contratuais fixando-as nos artigos 46 a 54:

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Art. 48. As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos.

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de sete dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

§ único. Se o consumidor exercer o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

Art. 50. A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito. (...)

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor - pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V - (vetado)

¹⁴⁷ Ver Título IV da Lei 3.071/16 - CC ; artigos 1.079 - 1.504.

- VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;
 - VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;
 - VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;
 - IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;
 - X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;
 - XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;
 - XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;
 - XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;
 - XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;
 - XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção do consumidor;
 - XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.
- § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:
- I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
 - II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual;
 - III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.
- § 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.
- § 3º (vetado)
- § 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste Código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

De fato, não raras vezes, o adimplemento contratual se torna impossível por diversas razões. É em função destas situações que a LaE adquire primordial importância na solução do conflito; uma vez que, através de critérios econômicos apontará as reais condições de acordo eficiente entre as partes.

Justifica-se a análise legal da responsabilização civil, nesta pesquisa, porque, comumente, o exercício do direito de propriedade, o inadimplemento contratual e suas repercussões e o cometimento de ilícitos civis e penais levam a sérios danos causados a terceiros e à outra parte. Na solução de conflitos desta natureza, a LaE instrumentaliza o discurso jurídico possibilitando-o para a ação no sentido de obtenção da justiça na forma de maximização de riqueza; conforme Posner.

No Brasil, o Texto Magno prevê quanto à responsabilização civil do Estado, o disposto no artigo 37 § 6º CF/88:

Art. 37. (...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Em termos de legislação ordinária, a responsabilização civil por atos ilícitos pode ser vista conforme dispõe o CC, dentre outras disposições, na seguinte maneira:

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.,

Art. 1.537. A indenização, no caso de homicídio, consiste:

- I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima; seu funeral e o luto da família;
- II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia.

Art. 1538. No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente.

§ 1º Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade.

§ 2º Se o ofendido, aleijado ou deformado, for mulher solteira ou viúva, ainda capaz de casar, a indenização consistirá em dotá-la, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito.

Art. 1539. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Art. 1540. (...)

Art. 1541. Havendo usurpação ou esbulho do alheio, a indenização consistirá em se restituir a coisa, mais o valor de suas deteriorações, ou, faltando ela, em se embolsar o seu equivalente ao prejudicado. (art. 1543).

Art. 1543. Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa (art. 1541), estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afecção, contanto que este não se avanteje àquela.

Art. 1544. Além dos juros ordinários, contados proporcionalmente ao valor do dano, e desde o tempo do crime, a satisfação compreende os juros compostos. (...)

Art. 1547. A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

§ único. Se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhes-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva. (art. 1550)

Art. 1549. Nos demais crimes de violência sexual, ou ultraje ao pudor, arbitrar-se-á judicialmente a indenização.

Art. 1550. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e no de uma soma calculada nos termos do parágrafo único do art. 1547.

Art. 1553. Nos casos não previstos neste Capítulo, se fixará por arbitramento a indenização

Com relação ao cumprimento dos contratos, é evidente que a falta de impositividade leva ao caos institucional, porém, a execução forçada de contratos ineficientes leva ao desperdício. Deve-se, pois, entender possível a quebra de execução contratual mediante a cabal indenização da parte prejudicada, ainda, sendo possibilitada à outra parte sua reorganização e reestruturação de forma eficiente, inclusive, através de novos contratos com a parte, primeiramente, envolvida ou com outra parte que apresente melhores condições de exequibilidade contratual.

Neste campo, pois, não se pode transitar, nem no extremo da liberdade total para cumprimento espontâneo das promessas e nem na excessiva regulamentação. Ultimamente, se tem optado, nacional e internacionalmente, pela arbitragem, pela conciliação e pela mediação como formas eficientes de determinar as possibilidades de solução dos conflitos contratuais antes mesmo da solução judicial voltada à manutenção do *status quo*.

No caso da atribuição de riscos contratuais, a LaE determina que deve ser feita a quem, da forma mais econômica, possa evitá-los.

Por fim, o problema deve ser tratado como escolha entre um sistema de regulamentação estatal a definir direitos e condições contratuais que minimizem os custos de transação na elaboração e concreção dos contratos de consumo entre as partes.

Deve ser priorizada a possibilidade de transação no mercado referentemente ao exercício dos direitos de consumo restando, no caso de altos custos de transação e imperfeições outras de mercado, recursos judiciais que levem à determinação de preços-sombra definidores da situação ideal de equilíbrio entre as partes.

Ex positis, em termos de Direito do Consumidor, deve ser guardada a idéia de que, qualquer melhora da posição jurídica do consumidor gera custos que refletem no preço das mercadorias; cabendo a este decidir sobre suas preferências entre um produto com preço mais baixo ou uma posição jurídica melhor. Ao Direito, por sua vez, neste particular, resta observar que tipo de estímulo sua normatividade está a submeter tanto produtores como consumidores; ou seja, através da Análise Econômica aplicada ao Direito, devem ser verificadas as reais condições de negociabilidade entre ofertantes e demandantes de forma a serem incentivadas transações eficientes e maximizadoras de resultados e compensados possíveis prejuízos segundo o aumento da riqueza - critério Kaldor -Hicks.

4.3.2.7 DEFESA DO MEIO AMBIENTE

O Texto Magno prevê, também, a *defesa do meio ambiente* em específica norma, artigo 225, sendo, ainda, preocupação o desenvolvimento econômico sustentado ou seja com qualidade de vida e proteção do fator de produção natureza - *lato sensu*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes :

LXXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...)

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A Lei nº 7.347¹⁴⁸ disciplina a ação civil pública, inclusive na defesa do meio ambiente.

Eis alguns de seus dispositivos:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados:

I - ao meio ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Art. 2º (...)

Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Art. 5º A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão, também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que:

I - esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil;

¹⁴⁸ BRASIL. Lei 7.347 de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.

II - inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (...)

Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de comunicação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

No intuito de preservação de valores de uma sociedade, o Texto Constitucional é o primeiro e principal esteio sob o qual a legislação infra é erigida. Ao ser introduzido princípio de defesa do meio ambiente na prática da Economia Nacional, é verificável, em última análise, comando de internalização eficiente de custos próprios à defesa deste valor. Não podendo, pois, serem desconsiderados os prejuízos, possivelmente, causados à natureza e ao meio ambiente como uma todo pela prática de atuação dos agentes econômicos em mercado, conseqüentemente, devem ser repensadas as formas próprias e eficientes para a eliminação de tais prejuízos e danos ambientais; sem contudo, onerar, inflexivelmente, em outro extremismo, a parte que, economicamente necessária, sofre pesados custos intentando processos de despoluição.

Os custos da poluição ambiental devem ser rateados, pois, por quem tenha melhores condições de arcar com tais despesas; e, neste sentido, a legislação infra deve ser entendida. A partir disto, podem, então, ser estatuídos regulamentos de defesa do meio ambiente imputando métodos próprios para esta defesa que, se por um lado protegem seu objeto, podem, de outra forma estar a impedir novas pesquisas com resultados mais eficientes na proteção ambiental em função do já definido. Tem-se de obter uma fórmula regulativa que esteja, sempre, a incentivar novas descobertas e ações preventivas e de diminuição das externalidades em relação à natureza. De mais, se trata de uma escolha político-social inerente à defesa ou não do ambiente em troca de alguma outra vantagem economicamente justificada. Em oposição ao afirmado, alguém pode pensar tratar de uma impropriedade tal escolha, entretanto, de fato ela existe, sendo, porém, que, nos atuais tempos, o preço para poluir - externalidade ambiental é deveras alto, tanto que reflete princípio constitucional. Deve-se entender, este princípio, segundo soluções normativas que desencoragem comportamentos negativos no futuro e que busquem as soluções mais baratas possíveis para a eliminação dos problemas e, neste sentido, se tem de avaliar quem tem condições melhores de evitar tais externalidades - vítima ou causador de danos ambientais - seja lembrado o caso da fábrica poluente e da viúva que lavava roupas prejudicada na sua atividade conforme ao exemplo de Coase.

Interessante citar o entendimento de Hans - Bernd Schafer e Claus Ott quanto ao equilíbrio entre economia e ecologia :

O problema do meio ambiente reside em encontrar disposições jurídicas que cooperem ou conciliem sua proteção com aquelas medidas que os membros de uma sociedade queiram assumir, realmente, uma vez considerados os custos das mesmas e com as que acabam, quedam excluídos os efeitos externos das atividades produtivas. Quando se consegue tal estado se pode falar de uma proteção eficiente do meio ambiente.¹⁴⁹

No Brasil, a legislação infra - inclusive, a Ação popular - deve ser tratada com cautela de forma a não onerar o sistema com processos que, por fim, levem a um custo social maior do que o benefício perseguido. Soluções intermédias podem ser obtidas a partir da transação entre poluidores e prejudicados - ou mesmo entre aqueles e representantes estatais ou privados, defensores do meio ambiente.

Por outro lado, é importante a manutenção de legislação própria que coíba abusos, principalmente, quando estes não se façam apropriar individualmente ou, assim o sendo, envolvam número tão grande de possíveis prejudicados que se torne ineficaz o procedimento judicial. Nestes casos, inquestionável a ação estatal na reparação e defesa dos interesses públicos.

4.3.2.8 REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS E SOCIAIS

Em um País como o Brasil, sempre, dever-se-á objetivar a redução *dos desequilíbrios regionais e sociais*. Embora o dispositivo se apresente como regra programática, sugere a implementação de medidas no campo dos investimentos sociais como na educação e na infraestrutura propiciadora do desenvolvimento dos três setores da economia (produção agro-pastoril, indústria e comércio). No próprio Texto Constitucional de 1988 verifica-se :

Art... 3 . Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais ;

IV - promover o bem de todos , sem preconceitos de origem, raça , sexo, cor , idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Um sistema econômico em equilíbrio de mercado próprio da livre concorrência pressupõe a inexistência de disparidades de preços em relação a produtos homogêneos, nas práticas econômicas entre os diversos agentes que ofertam e demandam satisfação de interesses. Dessa forma, é justificada a eliminação de desequilíbrios regionais e sociais que implicam em distorções mercadológicas. Não é satisfatória - eficiente - a produtividade de mercados

¹⁴⁹ SCHÄFER, Hans-Bernd e OTT, Claus. *Manual de Análisis Económico del Derecho*. Op. cit. p. 27.

discriminados e de regiões não desenvolvidas sob pena de, assim o sendo, se ter onerado o sistema com altos custos na manutenção de reservas ineficientes de recursos.

Espera-se, pois, obter de todo o contingente de recursos disponíveis, na Economia do País - trabalho, capital, natureza e iniciativa empresarial -, a sua melhor performance, de forma que a riqueza seja maximizada em melhoria do contexto social.

Se cada indivíduo, dentro das condições de concorrência perfeita, maximizar suas disponibilidades, é possível verificar, em nível global, um aumento das condições físicas de todos, cabendo, por ventura, ao Estado, a correção das disparidades mediante ação redistributiva da riqueza, não sendo esta alcançada por uma política efficientista.

A análise do ponto de vista econômico, no entanto, alerta para o fato de que as escolhas públicas e privadas devem ser feitas com a preocupação de não serem nivelados os desníveis sociais em um patamar inferior que não permita à própria sociedade como um todo *alavancar* seu desenvolvimento.

Torna-se necessário, pois, no intuito de alcançar nível ideal de desenvolvimento, implementar políticas econômicas que almejem a busca do pleno emprego.

4.3.2.9 BUSCA DO PLENO EMPREGO

A *busca do pleno emprego* também é utópica, embora idealizada pelo legislador constitucional como norma programática que é. Observa-se, que, segundo as modernas teorias macroeconômicas o pleno emprego não significa necessariamente equilíbrio econômico e estabilidade inflacionária¹⁵⁰.

Os recursos produtivos ou fatores de produção quando ociosos refletem perda na riqueza do País ou, por outra, representam uma ausência de ganhos. Não é admissível, pois, em um contexto de carências materiais, que fatores como terra, capital e o próprio trabalho estejam inoperantes. E, não bastando o maior nível de ocupação das potencialidades nacionais, deve ser alcançado nível de produtividade característico de um estado de eficiência próprio de uma economia funcionando com suas instituições livres de deseconomias de escala.

Lembrando que a Economia não funciona se não conforme a interação entre oferta e procura, é necessário verificar níveis apropriados de utilização dos recursos existentes de

¹⁵⁰ Vejam-se as idéias de J. M. Keynes em sua obra - *Teoria Geral do Emprego, do Juro e do Dinheiro*. Op. cit.

forma a ser obtido o melhor resultado possível no qual toda a oferta encontre demanda respectiva; evitando, assim, os problemas da década de trinta, verificados no mundo inteiro em termos econômicos.

Como princípio diretivo da Economia, o pleno emprego deve ser analisado, segundo a LaE, de forma a serem evitadas as indisponibilidades forçadas dos diversos fatores produtivos. Assim, por exemplo, no que diz respeito aos monopólios da força de trabalho ao estilo de sindicatos e, por outra parte, as associações de empregadores devem atuar e, mesmo, serem disciplinadas normativamente, de forma a serem banidas posições de influência que ditorçam as reais condições de livre mercado sob pena de, em se incorrer em situação de monopólio, serem verificados níveis indesejáveis de ociosidade e de ineficiência.

4.3.2.10 TRATAMENTO FAVORECIDO PARA AS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE CONSTITUÍDAS SOB AS LEIS BRASILEIRAS E QUE TENHAM SUA SEDE E ADMINISTRAÇÃO NO PAÍS

O favorecimento de empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País já ocorre através de incentivos diversos dentre os quais, são citados a simplificação, redução ou eliminação de obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias fiscais conforme LC 48¹⁵¹ de 10 de dezembro de 1984, Lei 7.256¹⁵² de 1984, Lei 8.864¹⁵³ de 1994 e Lei 9.317¹⁵⁴ de 5 de dezembro de 1996. Em caráter puramente político-legal, é definida a pequena empresa, conforme visto no artigo 2º da Lei 7.256:

Art. 2º Consideram-se microempresas, para os fins desta Lei, as pessoas jurídicas e as firmas individuais que tiverem receita bruta anual igual ou inferior ao valor nominal de 10.000 (dez mil) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, tomando-se por referência o valor desses títulos no mês de janeiro do ano-base.

¹⁵¹ LC 48 de 10 de dezembro de 1984 - Estabelece normas integrantes do Estatuto da Microempresa, relativas à isenção do Imposto sobre Circulação de Mercadorias - ICM e do Imposto sobre Serviços - ISS

¹⁵² BRASIL. Lei 7.256 de 27 de novembro de 1984. Estabelece normas integrantes do Estatuto da Microempresa, relativas ao tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, nos campos administrativo, tributário, previdenciário, trabalhista, creditício e de desenvolvimento empresarial.

¹⁵³ BRASIL. Lei 8.864 de 28 de março de 1994. Estabelece normas para as Microempresas - ME, e Empresas de Pequeno Porte - EPP, relativas ao tratamento diferenciado e simplificado, nos campos administrativo, fiscal, previdenciário, trabalhista, creditício e de desenvolvimento empresarial.

¹⁵⁴ Lei 9.317 de 5 de dezembro de 1996 - Dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES e dá outras providências.

O artigo 47, parágrafo 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, por sua vez define¹⁵⁵ :

Art. 47. (...)

§ 1º. Consideram-se, para efeito deste artigo, microempresas as pessoas jurídicas as firmas individuais com receitas anuais até dez mil Obrigações do Tesouro Nacional, e pequenas empresas as pessoas jurídicas e as firmas individuais com receita anual de até vinte e cinco mil Obrigações do Tesouro Nacional."

A Lei Magna assegura como direito e garantia individual - art. 5º, XIII, CF/88 - o *livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer* bem como, da mesma forma, no artigo 5º XVII, CF/88, a *plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar*. Portanto, o exercício de atividade econômica se torna pleno e possível através da organização e exploração dos fatores de produção em empresas, cooperativas, etc.

A professora Isabel Vaz lembra que o trabalho deve dar condições de acesso a um *mínimo de propriedade representada principalmente pela conquista de um salário* quando da inserção do homem na civilização industrial - *homo faber*¹⁵⁶.

Recentemente, o legislador modificou o Texto Magno no que concerne à distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional. Gradativamente a atitude xenófoba vai sendo extirpada do Ordenamento Jurídico Nacional que em 1967 distinguia entre empresa estrangeira e empresa nacional. O conceito de empresa¹⁵⁷ pode ser apreciado através do preclaro mestre José Cretella Júnior que ensina: *Empresa é entidade que presta, exerce, desempenha serviços. O modo pelo qual se realiza a prestação de serviços é o seu regime jurídico. Existe assim, é claro, direta relação entre o serviço prestado e o modo de sua prestação*.¹⁵⁸

Deseja-se, portanto acabar com o protecionismo, xenófobo dentro da política neo-liberalizante que, na verdade, termina de vez com os subterfúgios utilizados pelo capital internacional, efetivamente, necessário para o desenvolvimento nacional, já que a poupança interna é insuficiente para a manutenção do nível de investimentos. Deverá, em um segundo

¹⁵⁵ Sobre a definição de Microempresa ver, também, art. 2º da LC 48 de 10 de dezembro de 1984 - Estabelece normas integrantes do Estatuto da Microempresa, relativas a isenção do Imposto sobre Circulação de Mercadorias - ICM e do Imposto sobre Serviços - ISS; assim como, ver Capítulo II da Lei 8.864, de 28 de março de 1994 - Estabelece normas para as Microempresas - ME, e Empresas de Pequeno Porte - EPP, relativas ao tratamento diferenciado e simplificado, nos campos administrativo, fiscal, previdenciário, trabalhista, creditício e de desenvolvimento empresarial.

¹⁵⁶ VAZ, Isabel *Direito Econômico das Propriedades* Op. cit. p. 138.

¹⁵⁷ Ver, também, o item 3.3.4.2 do Capítulo III deste trabalho.

¹⁵⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Op. cit. p. 3.991.

momento, ser reestruturada toda a legislação infraconstitucional relativa ao investimento estrangeiro, à reserva de mercado bem como à remessa de lucros para o exterior de forma a permitir agilidade no mercado tornando-o atrativo, embora, sempre tendo como meta o desenvolvimento do capital nacional.

De resto, cabe à organização empresarial obter o melhor nível de combinação dos fatores produtivos em busca da produtividade desejada. Para tanto, em um nível próprio ao estímulo da competitividade, o Estado Brasileiro, deve oferecer tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Em uma Teoria da Firma deve ser almejada a ótima forma de alocação e ajustamento dos diversos recursos evitando, assim, deseconomias de escala. Neste intuito, disposições simplificadoras em relação à estruturação e institucionalização das empresas de pequeno porte favorecem na sua eficiência diminuindo custos e, por consequência permitindo mais baixos preços com níveis de produção maior.

Tanto um adequado Direito Comercial como um eficiente Direito Contratual, favorecem na eliminação dos custos de transação próprios das negociações referentes às estipulações contratuais entre os possíveis sócios.

4.3.3 ANÁLISE DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

A *intervenção do Estado* explorando diretamente atividade econômica - art. 173 e parágrafos da CF/88 - é vista como excepcional em casos específicos de relevante interesse coletivo ou imperativos da segurança nacional, ressalvados, no entanto, os não pouco numerosos casos de intervenção constitucionalmente previstos. Assim, o sistema econômico sendo capitalista e dentro de uma ótica de liberdade, permite-se o atuar do Estado não só como prestador de serviço público, mas, também, como agente privado, através da empresa pública e da sociedade de economia mista, explorando atividade econômica; ainda sujeito ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. No caso das empresas públicas e das sociedades de economia mista; expressamente determina-se, que não podem gozar de privilégios fiscais não extensivos às empresas do setor privado. Ainda é determinação Constitucional que, sem prejuízo da responsabilidade individual

dos dirigentes da pessoa jurídica, estabeleça-se a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Atualmente, a ação Estatal no campo da iniciativa privada esta a diminuir dentro de uma perspectiva de privatização; partindo-se do princípio de que a economia de mercado tem melhores condições de apontar para resultados eficientes na práxis econômica. O Estado, com a política do *Welfare-State*, tornou-se ineficiente na alocação dos recursos fazendo urgir uma política de reorganização institucional, enxugamento da máquina administrativa e reorientação das políticas econômicas para fins de agilização dos diversos sistemas sócio-econômico-políticos de forma a propiciar competitividade em âmbito público e privado do País em meio aos demais no contexto integracionista neo-liberalista mundial pós *queda do muro de Berlim*¹⁵⁹.

Fique, ainda, claro que a atividade econômica no que concerne à prestação de serviços públicos deve ser prioritariamente exercida pelo Estado de forma direta ou indireta ou por quem o represente através de *permissões e concessões públicas*.

Faz-se útil, apesar das grandes divergências e dificuldades encontradas pela doutrina, trazer alguns critérios para o estudo da noção do que seja serviço público. De fato, múltiplas são as tergiversações sobre a questão de considerar ou não, o serviço público como atividade econômica.

Defende-se, por exemplo, como característica distintiva do serviço público a presença do Estado na prestação, o fim a ser alcançado, a definição da disciplina de prestação do serviço, a idéia do Poder Público e a submissão à um regime jurídico especial. Ilustre-se o exposto com as seguintes teorias que buscam conceituar serviço público:

*Na realidade, é serviço público toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins.*¹⁶⁰

*Serviço Público seria, então, o que satisfaz a uma necessidade pública ou necessidade coletiva, isto é, o que provê à satisfação dos interesses de uma coletividade, sem referir-se concreta e determinadamente a um interesse particular*¹⁶¹

*Pode-se dar o nome de serviços públicos, em sentido próprio, pois que são públicos também sob o aspecto subjetivo, porque este é o elemento que determina o caráter público dos vários institutos, serviços públicos, em sentido impróprio, consideram-se os que, pelo aspecto subjetivo, são atividades privadas e atingem o nome, não a qualidade, de públicos pela tradição e pelo uso comum, em vista de sua função, mas que, todavia, como atividades particulares são subordinados a especial regime publicístico, porque pelo direito público podem ser regidas muitas das relações entre seus sujeitos e as pessoas jurídicas, públicas de um lado, e, de outro lado, os particulares, destinatários do serviço*¹⁶²

¹⁵⁹ Dentro da política de Estado-mínimo, observe-se a Lei 8.018 de 11 de abril de 1990 - Dispõe sobre a criação de Certificados de Privatização e dá outras providências.

¹⁶⁰ Mário Masagão, *Curso de Direito Administrativo*. 6. Ed. São Paulo: Ed. da RT. 1977. p. 267-268.

¹⁶¹ Garcia Oviedo. *La Teoría del servicio público*. 1923. p. 19.

¹⁶² Arnaldo de Vailes, *I Servizi pubblici, em Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, de Orlando, 1930, vol. VI, parte I, p.396 in CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Op. cit. p. 4.095.

Quanto à prestação do serviço público, tem-se, por princípio, dever ser delimitada na lei que disporá sobre:

1. o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

2. os direitos dos usuários;

3. política tarifária;

4. a obrigação de manter serviço adequado.

Encontra-se, por outro lado o marcante traço de intervencionismo estatal na condução da política econômica, quando é assegurado ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercer, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Para tanto a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

Identificam-se como medidas de intervenção Estatal, na Constituição Federal, no âmbito federal, por exemplo, os dispostos no art. 21, XI, XII, XXIII, 177, I a V, 198 e 213 CF/88.

Pode, a União, articular sua ação em um mesmo complexo geo-econômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais, bem como condições para integração de regiões em desenvolvimento e composição dos organismos que executarão os planos regionais, integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social, aprovados justamente com estes. Para tanto, ainda são previstos incentivos regionais tais como: 1. Igualdade de tarifas, fretes, seguros e outros itens de custos e preços de responsabilidade do Poder Público, 2. Juros favorecidos para financiamento de atividades prioritárias; 3. Isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas e 4. Prioridade para o aproveitamento econômico e social dos rios e das massas de água represadas ou represáveis nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas.

A fiscalização estatal consistirá:

Não se quer, aqui, esgotar o assunto que merece ser aprofundado, mas, simplesmente chamar a atenção para a vista dificuldade de definição, lembrando, ainda de que tal fato é importante, na medida em que o Estado, intervindo na economia pode açambarcar para si parte da atividade econômica em detrimento da iniciativa privada.

Veja-se a obra citada nas páginas 4.072 a 4.138.

(...) na vigilância exercida sobre as atividades dos órgãos da Administração, para assegurar-lhes a *legitimidade* e a *conveniência*, classificando-se essas funções, sob a ótica do fim a ser atingido, em funções de *legitimidade*, de *mérito* e de *técnica*, quanto ao órgão de que emana em 'ordinária', 'extraordinária' e 'especial' e, por fim, quanto ao momento, em que ocorrem em *preventiva* e *sucessiva*.¹⁶³

Quanto aos incentivos, estes podem ser de natureza fiscal como isenções ou não-fiscal como doações de áreas para a exploração de atividades econômicas pelos particulares.

Constitucionalmente, cabe ao Estado a consecução de um *planejamento* abrangente e responsável, voltado para o desenvolvimento do País e que culmine em ação definitiva formalizada pelo plano.

Na área econômica, diversas têm sido as tentativa de planificação durante as últimas décadas, sendo lembrados, os seguintes planos econômicos¹⁶⁴:

Plano de Metas no Governo Juscelino Kubitscheck	1956-1961
Plano Trienal do Ministro Celso Furtado, no Governo João Goulart	1963
PAEG-Plano de Ação Econômica da equipe Roberto Campos - Octávio Bulhões no Governo do Marechal Castelo Branco	1964-1966
Plano Nacional de Desenvolvimento I, II e III	1967-1973
Plano Cruzado do Ministro Dílson Funáro no Governo de José Sarney.	1986
Plano Bresser do Ministro Bresser Pereira no Governo de José Sarney	1987
Plano Verão do Ministro Mailson da Nóbrega no Governo José Sarney	1989
Plano Collor I da Ministra Zélia C. de Mello no Governo de Fernando Collor	1990
Plano Collor II da Ministra Zélia C. de Mello no Governo de Fernando Collor	1991
Plano de Ação Imediata do Ministro Fernando Henrique Cardoso no Governo Itamar Franco	1993
Plano Real e FHC2 do Ministro Rubens Ricúpero no Governo Fernando Henrique Cardoso ¹⁶⁵	1994

Cabe, ainda, chamar a atenção para os conceitos de plano, planificação e planejamento. Em Cretella Júnior podem ser observados os seguintes conceitos:

"Plano é a concretização do planejamento, ordem que se vai seguir na exposição ou desenvolvimento de determinada atividade"¹⁶⁶

"Planejamento é o conjunto objetivo de considerações anteriores à redação final do plano"¹⁶⁷

¹⁶³ Mário Masagão. *Op. cit.* p. 633-664.

¹⁶⁴ A bem da verdade, o termo *Plano*, desta feita, está sendo utilizado em sentido amplo, pois, muitos dos programas enumerados, na essência, tratam-se de programas ou planos setoriais; abrangendo alguns aspectos do Sistema Econômico Brasileiro como é o caso de alguns Planos de estabilização monetária citados. De qualquer forma, merecem ser destacados uma vez importantes no contexto econômico Nacional.

¹⁶⁵ O Plano de estabilização monetária atual - 1997, está consolidado na Lei 9.069 de 29 de junho de 1995 que dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para a conversão das obrigações para o REAL.

¹⁶⁶ CRETELLA JÚNIOR, J. *Direito Administrativo do Brasil. Op. cit.* p. 2..506.

"A ação de elaborar o plano é a *planificação*, ou *planejamento*, e a de ordenar sua previsão de desenvolvimento é o *programa*, ou *programação*. Planificação e planejamento são dois termos que costumam ser usados indiferentemente, mas, a rigor, a significação do *planejamento* pode ser especificamente diferente da *planificação*, e entender-se por aquele o modo de estruturar as distintas fases executórias da ação, sendo *planejamento* parte da *programação* 168

Acrescente-se, quanto ao conceito de *plano econômico*, as aulas de Cabral de Moncada¹⁶⁹ e de Manuel Vaz¹⁷⁰; para o primeiro, o plano econômico é *acto jurídico que define e hierarquiza objectivos de política económica a prosseguir em certo prazo e estabelece as medidas adequadas à sua execução*; enquanto, para o segundo, *planos económicos são os documentos adoptados pelos poderes públicos e destinados a analisar as probabilidades de evolução económica e a definir as orientações daquela evolução que as autoridades públicas consideram desejável e para a qual procuram dirigir os agentes económicos*.

A *elaboração orçamentaria* torna-se assunto importante para a ordenação da economia uma vez que o Estado está inserido no processo econômico do País e, inclusive, com grande atuação uma vez que, a política de gastos do Governo é sempre discutida para fins de eliminação do nível inflacionário. Assim é interessante verificar, no Título VI, Capítulo II do Texto de 88, disposições a respeito das finanças públicas.

Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão o plano plurianual; as diretrizes orçamentarias bem como os orçamentos anuais. Sendo que o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada, enquanto que a lei de diretrizes orçamentarias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentaria anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

De resto, todos os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos constitucionalmente, serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional;

A lei orçamentaria anual Nacional compreenderá: 1.- o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive

167 *Op. cit.* p. 275.

168 Carlos Garcia Oviedo e Enrique Martínez Useros, *apud Op. cit.* p. 4.048.

169 MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito Económico. Op. cit.* p. 247.

170 VAZ, Manuel Afonso. *Direito Económico: A Ordem Económica Portuguesa*. Coimbra. 1984.

fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; 2. o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto e 3. o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

Ainda é constitucionalmente prevista a *exploração da atividade econômica através do cooperativismo* e de outras formas associacionistas independentemente de autorização estatal sendo, ainda, vedada a intervenção do Estado no seu funcionamento. Existe uma preocupação, no Texto Magno com o apoio e estímulo à organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

Pela Lei Magna, em seu artigo 176, *as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra e ao proprietário do solo participação nos resultados daquela. Inclusive, no § 1º do mesmo artigo, determina que a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos referidos potenciais somente podem ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.*

Interessante aspecto é identificar a condenação dos monopólios na atividade do setor privado ao mesmo tempo em que se reserva, ao Estado, o monopólio de direito. De qualquer forma em algumas circunstâncias determinou-se a reserva de mercado para o Poder Público.

Atualmente, após revisão constitucional, caíram certos monopólios estatais na medida em que se tornou permissível a exploração direta ou mediante autorização ou concessão, conforme o caso, de atividades como telecomunicações, de radiodifusão sonora e de sons e imagens e serviços locais de gás canalizado, persistindo, ainda, o disposto no art. 177 CF/88 e parágrafos:

Art. 177. Constituem monopólio da União :

- I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;
- II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;
- III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;
- IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País , bem assim o transporte , por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o processamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

§ 1º. A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei.

§ 2º. A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

- I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;
- II - as condições de contratação;

Desta forma, então, a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica podem ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, desde que de acordo com o interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, na forma da lei que deve estabelecer as condições específicas para o desenvolvimento dessas atividades em faixa de fronteira ou terras indígenas.

Ainda constituem monopólio da União a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes dessas atividades, o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem, a pesquisa a lavra, o enriquecimento o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

Observa-se, finalmente, que, dentro de uma política neoliberalizante, ao desarticularem-se alguns monopólios, não perde, o Estado, o domínio sobre as atividades, porém, apenas a exclusividade no seu exercício, permitindo-se, pelo Texto Maior, o ingresso da iniciativa privada a suprir as necessidades Nacionais nas específicas áreas.

Antes de ser apresentada a conclusão do trabalho intente-se esboçar uma idéia de Carlos Otero Dias que reflete o esforço no entendimento dado ao Direito através da Economia, neste presente estudo:

O governante sagaz não tentará torcer o curso das realidades sociais em busca de utopias, senão que, seguindo o lema de Bacon, aceita os obstinados fatos para poder vencê-los. Conhecer a realidade e acatá-la é tão essencial ao político como ao científico. Quando um estadista, de aguda mentalidade política, choca-se com um problema social que demanda uma solução; não se precipita em atuações rápidas e ilusórias. Sabe calcular seu poder e tem consciência de suas próprias limitações. Por isso indaga com cuidado, quais são as causas últimas que condicionam o problema e trata de atacá-las paulatinamente em suas próprias raízes. Frequentemente, complicados efeitos podem desbaratar-se anulando uma pequena causa remota. O que distingue precisamente o político genial é o saber pulsar/ tanger estas pequenas causas que podem neutralizar toda uma indesejada cadeia de conseqüências. Remontar-se às causas distantes e atuar sobre os efeitos, eis, aqui, no que estriba-se o método de aproximação indireta que propugnamos.(em espanhol no original)¹⁷¹.

¹⁷¹ OTERO DIAS, Carlos. *Una Investigación sobre la influencia de la Economía en el Derecho*. Op. cit. p. 108.

CONCLUSÃO.

Ninguém pôde descobrir, na realidade, um *homo oeconomicus* que não fosse, ao mesmo tempo, um *homo juridicus*, um *homo moralis*, etc.; em suma, um homem em toda a sua integridade. (em espanhol no original)¹

Incursionou-se, pelas veredas da Ciência Econômica e do Direito. Especificamente, quanto à primeira, foram destacadas as premissas e leis inerentes à Microeconomia; enquanto que, em relação ao segundo, introduzidos conhecimentos a respeito de novas possibilidades analítico-interpretativas próprias ao emprego da Análise Econômica ao Direito; mormente, destacando o enfoque neoinstitucional posneriano.

Precipuamente, se almejou delinear o pensar contemporâneo norte-americano para justificar os diversos caminhos possíveis que levem à elucidação e à *concreção* do Direito. Escolas, métodos, princípios e regras são abundantes, assim como, também o são, as ambigüidades a serem resolvidas.

Estipularam-se, pois, no Capítulo I, as máximas da Teoria Econômica como que, organizando instrumental analítico, para posterior utilização no estudo ou análise do Direito demonstrada no Capítulo II e, especificamente quanto ao Direito Constitucional Econômico Pátrio de 1988, no Capítulo IV.

No que concerne à Teoria Econômica foram verificadas as leis econômicas e principais tópicos do conteúdo microeconômico, destacando: abordagem da eficiência econômica, Teoria da Utilidade, análise do comportamento do consumidor, análise do comportamento do produtor, Curvas de Demanda e de Oferta, Teoria da Firma, Teoria da Organização de mercados e análise custo/benefício.

Em um segundo momento, se apresentou, então, a escola interpretativo-analítica do Direito embasada na Ciência Econômica denominada *Law and Economics* que, ainda, é vista como ramificação de movimento economicista do Direito. Após terem sido verificados dados históricos, doutrinas, enfoques do movimento economicista e o trabalho de doutrinadores como Calabresi e Coase; foi destacada a obra de Posner denominada *Economic Analysis of Law* expoente máximo da corrente majoritária da LaE denominada Institucionalista. Verificou-se, também, a crítica que é feita à LaE bem como à obra deste último doutrinador e se concluiu pela possibilidade de transladar, para a *civil Law*, os conceitos e aplicações metodológicas da

¹ MOORE MERINO, Daniel. *Derecho Económico*. Santiago de Chile : Talleres Gráficos de Encuadernadora Hispano-Suiza, 1962, pp. 18-19.

LaE. Desta forma, se viu preparado o caminho analítico-instrumental para a consecução da abordagem do Direito Pátrio.

No Capítulo III, se determinou a existência de um ramo específico do Direito; qual seja o Direito Econômico e, em especial, sua estruturação na Ordem constitucionalizada e, especialmente, na Ordem Econômica e Financeira da Constituição Federal Brasileira de 1988. Dessa forma, foram determinados os conceitos de Ordem, ordem Jurídica e Ordem Econômica, bem como delimitados os principais caracteres do Direito econômico como conceito, evolução histórica, precursores, sujeito, objeto e metodologia; além de verificados principais tópicos de uma Teoria da Constituição como; por exemplo, conceito de constituição e de constituição econômica e poder constituinte. Já, no campo do Direito Constitucional Pátrio, foram apresentados, o histórico-constitucional, uma abordagem da ideologia do sistema econômico nacional segundo uma perspectiva democrática e, finalmente, uma análise da Ordem Econômica e Financeira da Constituição de 1988, correlacionando-a com a legislação infra-constitucional.

Sugeriu-se, no Capítulo IV, a possibilidade de interpretação do direito Econômico por meio da LaE. Como objeto ou material de pesquisa específico para a análise, segundo a LaE, foi, então, escolhido o instrumental principiológico do Direito Econômico Constitucionalizado no artigo 170 CF/88.

Na trajetória traçada em mais de 350 páginas, restaram algumas premissas conclusivas possibilitadoras das seguintes teses:

1. Existe íntima relação entre o Direito e a Economia, seja, segundo orientação marxista-determinista, seja segundo enfoque integrativo-stammleriano ou, ainda, sob enfoque interativo-misto.

2. A Ciência Econômica, mormente, a Teoria Econômica se apresenta, eminentemente analítica em seu conteúdo metodológico; tornando, portanto, especial instrumental de uso interdisciplinário.

3. Em função da inexistência de uma Teoria Geral do Direito capaz de suplantear as dificuldades político-ideológicas verificadas nos EUA, na década de sessenta e, especificamente, em função de uma crítica ao *Welfare-State*, surgiu, em função de trabalhos pioneiros como os de Ronald Coase, Guido Calabresi e Richard A. Posner a inovação, no campo jurídico, quanto à utilização da Teoria Econômica aplicada ao Direito.

3.1 O movimento nasceu, nos EUA, como crítica construcionista do realismo jurídico norte-americano.

3.2 Quatro enfoques básicos caracterizaram o movimento economicista no Direito a saber: o enfoque tradicional Posneriano, o enfoque Neo-Institucional, a *Public Choice* e os Estudos da Crítica Jurídica.

3.3 Posner contribuiu, sobremaneira, para a difusão da Escola da Análise Econômica do Direito, mormente, depois da publicação de sua obra *Economic Analysis of Law*, em 1973. Tornando pública a aplicação da Teoria Econômica ao Direito- LaE a vários ramos da *Common Law* norte-americana. Em sua perspectiva tradicional, partiu de um pressuposto de mercado onde Direito e Economia interagem para fim comum de incremento da riqueza social.

3.4 A LaE busca a compreensão do universo jurídico partindo de pressupostos e valores metajurídicos pertencentes ao mundo do econômico, aplicados tanto quando da criação da norma jurídica como quando de sua aplicabilidade, já, em instância de caso concreto nas *barras dos tribunais*. Portanto, a Teoria Econômica tem, simultaneamente, um papel *normativo e positivo* no estudo dos institutos jurídicos do Direito: *Common Law* e *Civil Law*.

3.5 Como potencialidade, para a LaE é verificável a possibilidade de formação de normas de caráter econômico e interpretação das normas em geral, sob um enfoque de racionalidade econômica, traduzindo eficiência e maximização da riqueza.

4. Quanto ao embasamento filosófico da LaE, pode, este, ser visto a partir do pragmatismo de William James, da filosofia religiosa Protestante, do economicismo e do utilitarismo benthaminiano, além da dogmática economicista.

5. Independente da racionalidade economicista e positivista entendida por Posner, existe toda uma crítica formada, inclusive, dentro do próprio movimento como se vê no enfoque Calabresiano de normatividade.

5.1 Quanto à apreciações críticas, formadas, principalmente, no campo da Filosofia, em relação à LaE, são enumeráveis, dentre outros possíveis, os trabalhos de Ronald Dworkin, John Rawls e Jürgen Habermas;

5.2 A política de um Estado-mínimo se justifica em uma racionalidade de fortalecimento da sociedade civil. O que é discutível, no entanto, é o fato de se encontrar ou não, esta sociedade, suficientemente organizada dentro de padrões de distributividade e equidade para inserir-se em projetos excludentes de um Estado dinamizador das relações particulares de mercado.

5.3 Existem além da eficiência outros valores a serem considerados pelo Direito como, por exemplo, a equidade.

6. A LaE pode ser aplicada como método ou instrumental normativo e normativo-analítico-interpretativo do Direito Codificado - *Civil Law*, em especial, no que concerne aos princípios do Direito Constitucional Econômico Brasileiro de 1988;

6.1. Como procedimentos e máximas interpretativo-jurídicas próprios da *Law and Economics*, aplicáveis à *Civil Law*, se tem, principalmente, o individualismo metodológico, a racionalidade economicista maximizante de resultados e a liberdade de escolhas.

6.2. Os padrões jurídico-normativos são oriundos do Poder Político e Econômico mas, indubitavelmente, são eficazes uma vez observada a articulação de valores e anseios sociais; ou seja, verificada que seja a liberdade de opção.

6.3. Através da LaE, é possível avaliar o controle jurídico interpretativo-normativo da atividade econômica. Tanto na elaboração como na interpretação da Lei, segundo a LaE, se verificam a dinamização do sistema econômico, o grau de intensidade no desenvolvimento das atividades, interação dos agentes bem como as necessidades jurídicas próprias para a eliminação dos custos sociais e externalidades, além das diversas imperfeições de mercado.

6.4 O Paradigma jurídico, segundo a LaE, deve volver para a agilização e fluidez das relações de produção, maximização dos lucros e otimização da produção da riqueza.

6.5 Evidencia-se, destarte, caráter funcional do Direito que, antes de ser mero controlador social, passa a determinar políticas econômicas.

6.6 Antes de assumir caráter punitivo ou coercitivo, o Direito, segundo a LaE, é Persuasivo.

7. As leis jurídicas devem guardar um mínimo de harmonia com as leis econômicas.

7.1 A dicotomia Economia/Direito pode ser reduzida à efetiva busca da eficiência alocativa dos diversos fatores de produção objetivando o desenvolvimento nacional e a garantia da segurança e certeza jurídica em uma pragmática legalista que combine a racionalidade material do economista e a formal do jurista.

7.2 Deve ser almejado um consenso entre práticas que possibilitem a harmonia entre meios legais e fins econômicos legítimos, entre racionalidade jurídico-formal e racionalidade técnica-economicista ou, ainda, entre legitimidade legal-racional e governabilidade substantiva

8. O mercado, como meio institucional, passa a influir sobremaneira no Direito:

8.1 No mercado em ideal posição de equilíbrio - concorrência perfeita, ao Direito, apenas e tão somente, resta definir as garantias e a seguridade institucional para que sejam possíveis as trocas.

8.2. Quando existem anomalias na situação de equilíbrio - tal como se dá na ocorrência de externalidades, monopólios, etc. resta, ao Direito, atuar de forma a possibilitar a negociação tal como ela ocorreria em mercado; diminuindo os custos de transação.

8.3 A LaE, no seu enfoque tradicional, se adapta às atuais perspectivas de um Estado neoliberal orientado para a economia de mercado e à eficiência conforme os modelos econômicos neoclássicos. Reflete, portanto, a retirada da máquina estatal do mercado.

8.4 LaE se orienta por um aparelho judicial que atue priorizando à própria sociedade a solução de suas desavenças segundo determinações de mercado e, conforme, melhor lhes provenham os seus interesses.

8.5 A atitude maniqueísta de *certo e errado* para o processo de mercado é infeliz. O equilíbrio obtido é o real fenômeno desejado pelos indivíduos que, satisfeitos, alcançam justiça.

8.6 Em tempos de globalização e; segundo a atual ótica economicista neo-liberalizante vigente dentro do sistema capitalista abrangente a muitos países alinhados em transações comerciais, em intercâmbio de culturas e em aproximações institucionais, fica evidente a necessidade de serem acompanhados os grandes movimentos jurídico-teóricos conformes à lógica econômico-juridicista que, inquestionavelmente, se apresenta inserida na práxis de governos e dos próprios cidadãos desses países.

9. A LaE não se confunde com o Direito Econômico que é ramo específico do Direito voltado à regulamentação das relações de caráter econômico entre os diversos agentes públicos ou privados.

9.1 Quanto ao Direito Econômico constitucionalizado no Texto Magno de 1988, verifica-se que o Brasil adota o sistema econômico liberal capitalista, apesar de apresentar indeléveis aspectos do Estado Intervencionista na economia. A ordem econômica do País se estrutura, ou está em vias de se estruturar, (dentro de uma política reformista) conforme os ditames da política neo-liberal globalizante dos grandes mercados.

9.2 A apreciação da Principiologia Constitucional de 1988, segundo a LaE se faz segundo a premissa da flexibilização de direitos de forma a ser obtida precedência no uso alternativo dos escassos recursos que se apresentem mais eficientes.

10. Não há espaço para um Direito romântico e desconectado com a realidade em busca de uma utopia inalcançável no momento questionado, assim como também não o há para um realismo cego e intolerante. Lembre-se do ensinado por Edward H. Carr:

A antítese de utopia e realidade pode, em alguns aspectos, ser identificada com a antítese Livre Vontade e Determinismo. O utópico é necessariamente voluntarista: acredita na possibilidade de, mais ou menos radicalmente, rejeitar a realidade, e substituí-la por sua utopia por um ato de vontade. Já o realista analisa um curso de desenvolvimento predeterminado, que ele é impotente para modificar. Para o realista, a filosofia, nas famosas palavras de Hegel no prefácio de sua “Filosofia do Direito”, “sempre chega tarde demais” para mudar o mundo. Por intermédio da filosofia, a antiga ordem “não pode ser rejuvenescida, somente conhecida”. O utópico, fixando seus olhos no futuro, pensa em termos de criatividade espontânea; o realista, enraizado no passado, em termos de causalidade. Toda a ação humana sadia, e portanto todo pensamento sadio, deve estabelecer um equilíbrio entre utopia e realidade, entre vontade e determinismo. O realista completo, aceitando incondicionalmente a sequência dos acontecimentos, se priva da possibilidade de modificar a realidade. O utópico completo, rejeitando a sequência causal, se priva da possibilidade de entender a realidade que está tentando transformar, ou os processos pelos quais ela pode ser transformada. O vício característico do utópico é a ingenuidade; o do realista, a esterilidade.²

Do exposto, deve permanecer a idéia de que o Direito é dinâmico e que, assim o sendo, faz urgir um acompanhamento *pari passu*, por parte dos doutrinadores e operadores jurídicos a fim de que a letra da lei não se torne obsoleta e ineficiente junto ao meio social. De outra parte, não deve o Direito e, em especial, o Direito-normatizado trilhar o caminho dos extremismos, ora aventando benéncias impossibilitadas pela condição da escassez, ora em atitude tacanha de desconsideração do anseio popular em função de tecnicismos e ou interesses outros que não justificados por uma práxis social mais ampla e consideradora de todos os aspectos que compõem a natureza humana.

Espera-se, derradeiramente, que se tenha contribuído de forma propedêutica, principalmente com relação ao apanhado bibliográfico, para a emolduração de um quadro contendo as principais linhas de pensamento hermenêutico e analítico moderno, em especial quanto à LaE, para, assim, incentivar um futuro aprimoramento do estudo por parte do leitor.

Recorde-se, derradeiramente, a inolvidável afirmação de Francesco Consentini:

O Direito Positivo é o resultado de ação lenta e reação oportuna. O ambiente age sobre a inteligência, moderando-a, imprimindo-lhe caracteres determinados; afinal o indivíduo reage sobre a natureza, dominando-a, por sua vez, com a sua atividade modificadora, transformadora, indiscutivelmente eficiente.³

² CARR, Edward Hallett. CARR, Edward Hallett, *20 anos de crise : 1939-1945. Op. cit. p. 23.*

³ Consentini, Francesco. *Filosofia del Diritto*, 1914, p.52-53 e Luigi Miraglia - *Filosofia del Diritto*, 2. ed., vol. I, p. 252-253.

ANEXOS

ÍNDICE DE LEGISLAÇÃO

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. - 16^a ed. atual. e ampl. Coleção Saraiva de Legislação. São Paulo : Saraiva. 1997.

EMENDAS CONSTITUCIONAIS E EMENDAS CONSTITUCIONAIS DE REVISÃO

BRASIL. Emenda Constitucional 1 de 31 de março de 1992 - Dispõe sobre a remuneração dos Deputados Estaduais e dos Vereadores.

BRASIL. Emenda Constitucional 2 de 25 de agosto de 1992 - Dispõe sobre o plebiscito previsto no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

BRASIL. Emenda Constitucional 3 de 17 de março de 1993 - Altera dispositivos da Constituição Federal

BRASIL. Emenda Constitucional 4 de 14 de setembro de 1993 - Dá nova redação ao art. 16 da Constituição Federal.

BRASIL. Emenda Constitucional 5 de 15 de agosto de 1995 - Altera o § 2º do art. 25 da Constituição Federal.

BRASIL. Emenda Constitucional 6 de 15 de agosto de 1995 - Altera o inciso IX do art. 170, o art. 171 e o § 1º do art. 176 da Constituição Federal.

BRASIL. Emenda Constitucional 7 de 15 de agosto de 1988 - Altera o art. 178 da Constituição Federal e dispõe sobre a adoção de Medidas Provisórias.

BRASIL. Emenda Constitucional 8 de 15 de agosto de 1988 - Altera o inciso XI e a alínea a do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal.

BRASIL. Emenda Constitucional 9 de 09 de novembro de 1995 - Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos.

BRASIL. Emenda Constitucional 10 de 4 de março de 1996 - Altera os arts. 71 e 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzidos pela Emenda Constitucional de Revisão n. 1 de 1994.

BRASIL. Emenda Constitucional 11 de 30 de abril de 1996 - Permite a admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros pelas universidades brasileiras e concede autonomia às instituições de pesquisa científica e tecnológica.

BRASIL. Emenda Constitucional 12 de 15 de agosto de 1996 - Outorga competência à União, para instituir contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira.

BRASIL. Emenda Constitucional 13 de 21 de agosto de 1996 - Dá nova redação ao inciso II do art. 192 da Constituição Federal.

BRASIL. Emenda Constitucional 14 de 12 de setembro de 1996 - Modifica os arts. 34, 208, 211 e 212 da Constituição Federal, e dá nova redação ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

BRASIL. Emenda Constitucional 15 de 12 de setembro de 1996 - Dá nova redação ao § 4º do art. 18 da Constituição Federal.

BRASIL. Emenda Constitucional de Revisão 1 de 1 de março de 1994 - Acrescenta os arts. 71, 72 e 73 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

BRASIL. Emenda Constitucional de Revisão 2 de 7 de junho de 1994 - Dá nova redação ao art. 50, *caput* e § 2º da Constituição Federal.

BRASIL. Emenda Constitucional de Revisão 3 de 7 de junho de 1994 - Altera a alínea c do inciso I, a alínea b do inciso II, o § 1º e o inciso II do § 4º do art. 12 da Constituição Federal.

BRASIL. Emenda Constitucional de Revisão 4 de 7 de junho de 1994 - Dá nova redação ao § 9º do art. 14 da Constituição Federal.

BRASIL. Emenda Constitucional de Revisão 5 de 7 de junho de 1994 - Substitui a expressão cinco anos por quatro anos no art. 82 da Constituição Federal

BRASIL. Emenda Constitucional de Revisão 6 de 7 de junho de 1994 - Acrescenta o § 4º ao art. 55 da Constituição Federal.

DECRETOS

BRASIL Dec. 3.708, de 10 de janeiro de 1919 - Regula a constituição de sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

BRASIL. Dec. 861, de 9 de julho de 1993 - Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC e estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas e dá outras providências.

BRASIL. Dec. 1.306, de 9 de novembro de 1994 - Regulamenta o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, de que tratam os arts. 13 e 20, da Lei 7.347 de 24 de julho de 1985, seu Conselho Gestor e dá outras providências.

DECRETOS - LEI

BRASIL Dec.- Lei 70, de 21 de novembro de 1966 - Autoriza o funcionamento de associações de poupança e empréstimo e institui a cédula hipotecária.

BRASIL. Dec.- lei 200/67, de 25 de fevereiro de 1967 - Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa, e dá outras providências.

BRASIL Decreto - lei 261, de 28 de fevereiro de 1967 - Dispõe sobre as sociedades de capitalização e dá outras providências.

BRASIL Dec.- Lei 448, de 3 de fevereiro de 1969 - Dispõe sobre a aplicação de penalidades às instituições financeiras, às sociedades e empresas integrantes do sistema de distribuição de títulos ou valores mobiliários e aos seus agentes autônomos, e dá outras providências.

BRASIL Dec.- Lei 911, de 1º de outubro de 1969 - Altera a redação do art. 66 da Lei 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências.

BRASIL Dec.-Lei 1.079, de 29 de janeiro de 1970 - Autoriza a emissão de Letras do Tesouro Nacional para o desenvolvimento de operações de "Mercado Aberto", com fins monetários, pelo Banco Central do Brasil, e dá outras providências.

BRASIL Dec.- Lei 1.452, de 30 de março de 1976 - Concede incentivo a projetos prioritários para a economia nacional, e dá outras providências.

BRASIL Dec.- Lei 2.321, de 25 de fevereiro de 1987 - Institui, em defesa das finanças públicas, regime de administração especial temporária, nas instituições financeiras privadas e públicas não federais, e dá outras providências.

BRASIL Dec.- Lei 2.376, de 25 de novembro de 1987 - Dispõe sobre a dívida mobiliária interna da União e dá outras providências.

LEIS

BRASIL Lei 556, de 25 de junho de 1850 - Código Comercial Brasileiro.

BRASIL Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951 - Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular.

BRASIL Lei 3.071, de 1º - 1 - 1916. Código Civil.

BRASIL Lei 4.380, de 21 de agosto de 1964 - Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para a aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional de Habitação (BNH), e sociedades de crédito imobiliário, as letras imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências.

BRASIL Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964 - Dispõe sobre o Estatuto da Terra.

BRASIL Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964 - Dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências.

BRASIL Lei 4.728, de 14 de julho de 1965 - Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento.

BRASIL Lei 5.764, de 16 de dezembro de 1971 - Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências.

BRASIL Lei 6.385, de 7 de dezembro de 1976 - Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários.

BRASIL Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976 - Dispõe sobre as sociedades por ações.

BRASIL Lei 6.616, de 16 de dezembro de 1978 - Acrescenta artigos à Lei 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários.

BRASIL Lei 7.256, de 27 de novembro de 1984. Estabelece normas integrantes do Estatuto da Microempresa, relativas ao tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, nos campos administrativo, tributário, previdenciário, trabalhista, creditício e de desenvolvimento empresarial.

BRASIL Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 - Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.

BRASIL Lei 7.492, de 16 de junho de 1986 - Define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências.

BRASIL Lei 7.913, de 7 de dezembro de 1989 - Dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários.

BRASIL Lei 7.940, de 20 de dezembro de 1989 - Institui a Taxa de Fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários e dá outras providências.

BRASIL Lei 7.944, de 20 de dezembro de 1989 - Institui a Taxa de Fiscalização dos mercados de seguros, de capitalização e da previdência privada aberta e dá outras providências.

BRASIL Lei 8.018, de 11 de abril de 1990 - Dispõe sobre a criação de Certificados de Privatização e dá outras providências.

BRASIL Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

BRASIL Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a Ordem Tributária, econômica e contra as relações de consumo e dá outras providências.

BRASIL Lei 8.174, de 30 de janeiro de 1991 - Dispõe sobre os princípios da política agrícola.

BRASIL Lei 8.176, de 8 de fevereiro de 1991 - Define crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoque de Combustíveis.

- BRASIL** Lei 8.249, de 24 de outubro de 1991 - Estabelece características da Nota do tesouro Nacional - NTN, e dá outras providências.
- BRASIL** Lei 8.629, de 25 de fevereiro de 1993 dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária.
- BRASIL** Lei 8.864, de 28 de março de 1994. Estabelece normas para as Microempresas - ME , e Empresas de Pequeno Porte - EPP, relativas ao tratamento diferenciado e simplificado, nos campos administrativo, fiscal, previdenciário, trabalhista, creditício e de desenvolvimento empresarial.
- BRASIL** Lei 8.880, de 27 de maio de 1994 - Dispõe sobre o Programa de Estabilização Econômica e o Sistema Monetário Nacional, institui a Unidade Real de Valor - URV e dá outras providências.
- BRASIL** Lei 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.
- BRASIL** Lei 9.008, de 21 de março de 1995 - Cria , na estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho Federal de que trata o art. 13 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, altera os arts. 4º, 39, 82, 91 e 98 da Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 e dá outras providências.
- BRASIL** Lei 9.021, de 30 de março de 1995 - Dispõe sobre a implementação da autarquia Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE , criada pela Lei 8.884 de 11 de junho de 1994 e dá outras providências.
- BRASIL** Lei 9.069, de 29 de junho de 1995 - Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o REAL, e dá outras providências.
- BRASIL** Lei 9.317, de 5 de dezembro de 1996 - Dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES e dá outras providências.

LEI COMPLEMENTAR

- BRASIL** LC 48, de 10 de dezembro de 1984 - Estabelece normas integrantes do Estatuto da Microempresa, relativas à isenção do Imposto sobre Circulação de Mercadorias - ICM e do Imposto sobre Serviços - ISS.

LEI DELEGADA

- BRASIL** Lei-Delegada 4 de 26 de setembro de 1962. Dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo.

OUTRAS LEGISLAÇÕES

- ONU**. CARTA DE DIREITOS E DEVERES ECONÔMICOS DOS ESTADOS conforme Resolução 3.281 (XXIX) aprovada na 2.315ª sessão plenária de 12 de dezembro de 1974.

EXTRATO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, DE 1988.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

PREÂMBULO

TÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos :

I - a soberania,

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 3. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais ;

IV - promover o bem de todos , sem preconceitos de origem, raça , sexo , cor , idade e quaisquer outras formas de discriminação.

TÍTULO II

DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Capítulo I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º. Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes :

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei :

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

XXX - é garantido o direito de herança;

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Parágrafo 2 - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Capítulo II

DOS DIREITOS SOCIAIS

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social :

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim,

V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime a sua retenção dolosa,

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

TÍTULO VII
DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA
Capítulo I
DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Art. 171. O artigo encontra-se revogado.

Art. 172. A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Parágrafo 1. A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

Parágrafo 2. As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

Parágrafo 3. A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

Parágrafo 4. A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Parágrafo 5. A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Parágrafo 1. A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

Parágrafo 2. A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

Parágrafo 3. O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

Parágrafo 4. As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21 XXV, na forma da lei.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da Lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

- I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II - os direitos dos usuários;
- III - política tarifária;
- IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

Parágrafo 1. A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

Parágrafo 2. É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.

Parágrafo 3. A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.

Parágrafo 4. Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida.

Art. 177. Constituem monopólio da União:

- I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;
- II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;
- III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;
- IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;
- V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o processamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

Parágrafo 1. O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no art. 20, parágrafo 1.

Parágrafo 2. A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional.

Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

Parágrafo Único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras.

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando à incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Art. 180. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico.

Art. 181. O atendimento de requisição de documento ou informação de natureza comercial, feita por autoridade administrativa ou judiciária estrangeira, a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no País dependerá de autorização do Poder competente.

Capítulo II DA POLÍTICA URBANA

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Parágrafo 1. O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

Parágrafo 2. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Parágrafo 3. As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

Parágrafo 4. É facultado ao poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente de:

- I - parcelamento ou edificação compulsórios;
- II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
- III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Parágrafo 1. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

Parágrafo 2. Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Parágrafo 3. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Capítulo III - DA POLÍTICA AGRÍCOLA E FUNDIÁRIA E DA REFORMA AGRÁRIA

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Parágrafo 1. As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

Parágrafo 2. O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

Parágrafo 3. Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

Parágrafo 4. O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

Parágrafo 5. São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.

Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

- I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra.
- II - a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I - aproveitamento racional e adequado;
- II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente:

- I - os instrumentos creditícios e fiscais;
- II - os preços compatíveis com os custos de produção e garantia de comercialização;
- III - o incentivo à pesquisa e à tecnologia;
- IV - a assistência técnica e extensão rural;
- V - o seguro agrícola;
- VI - o cooperativismo;
- VII - a eletrificação rural e irrigação;
- VIII - a habitação para o trabalhador rural.

Parágrafo 1. Incluem-se no planejamento agrícola as atividades agroindustriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais.

Parágrafo 2. Serão compatibilizadas as ações de política agrícola e de reforma agrária.

Art. 188. A destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária.

Parágrafo 1. A alienação ou a concessão, a qualquer título, de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares a pessoa física ou jurídica, ainda que pôr interposta pessoa, dependerá de prévia aprovação do Congresso Nacional.

Parágrafo 2. Excetuam-se do disposto no parágrafo anterior as alienações ou as concessões de terras públicas para fins de reforma agrária.

Art. 189. Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos.

Parágrafo único. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, nos termos e condições previstos em lei.

Art. 190. A lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural pôr pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional.

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, pôr cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tomando-a produtiva pôr seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos pôr usucapião.

Capítulo IV DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive sobre:

I - a autorização para o funcionamento das instituições financeiras, assegurado às instituições bancárias oficiais e privadas acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro bancário, sendo vedada a essas instituições a participação em atividades não previstas na autorização de que trata este inciso;

II - autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador e do órgão oficial ressegurador;

III - as condições para a participação do capital estrangeiro nas instituições a que se referem os incisos anteriores, tendo em vista, especialmente:

a) os interessados nacionais,

b) os acordos internacionais;

IV - a organização, o funcionamento e as atribuições do banco central e demais instituições financeiras públicas e privadas;

V - os requisitos para a designação de membros da diretoria do banco central e demais instituições financeiras, bem como seus impedimentos após o exercício do cargo;

VI - a criação de fundo ou seguro, com o objetivo de proteger a economia popular, garantindo créditos, aplicações e depósitos até determinado valor, vedada a participação de recursos da União;

VII - os critérios restritivos da transferência de poupança de regiões com renda inferior à média nacional para outras de maior desenvolvimento;

VIII - o funcionamento das cooperativas de crédito e os requisitos para que possam ter condições de operacionalidade e estruturação próprias das instituições financeiras.

Parágrafo 1. A autorização a que se referem os incisos I e II será inegociável e intransferível, permitida a transmissão do controle da pessoa jurídica titular, e concedida sem ônus, na forma da lei do sistema financeiro nacional, a pessoa jurídica cujos diretores tenham capacidade técnica e reputação ilibada, e que comprove capacidade econômica compatível com o empreendimento.

Parágrafo 2. Os recursos financeiros relativos a programas e projetos de caráter regional, de responsabilidade da União, serão depositados em suas instituições regionais de crédito e pôr elas aplicados.

Parágrafo 3. As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze pôr cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

HISTÓRIA PARA LARISSA

(Para as crianças. Pois este trabalho é dedicado, também, para minha filha.)

Querida criança, não te preocupes, já, com as dificuldades da semântica, ...desculpe ...

Não te preocupes com a dificuldade das palavrinhas; tudo é simples e maravilhoso. O que tens, aqui, é uma pequena história, na qual só uma *criança*, que nem teu pai, poderia ter o fascínio de *passar* horas e horas para *explicar* - afinal, foram quase três anos em que estivemos separados; também, pelo sonho do pai em contar histórias para outras crianças, além, é claro de fazê-lo para todos os adultos que, como o pai, também contam-nas para seus filhos.

Mas o trabalho, melhor dizendo, a história, aqui narrada; filha, pode ser entendida por você como segue:

O pai estava em uma caverna escura a brincar de *gato cego* com o amiguinho Platão. Com uma venda nos olhos tentava encontrar a luz e a saída quando o amigo desafiou para que, esta, fosse encontrada, através de um joguinho: dever-se-ia descobrir a saída de luz da caverna achando o livro certo que a indicasse dentre os vários, dispostos em cada aposento da mesma.

Mesmo com os olhos vendados, o pai conseguiu achar um dentre os tantos livros. Tratava de ensinar sobre Direito e Economia e, após te-lo examinado, o pai retirou a venda de um dos olhos, leu e escreveu, meditou e questionou (dissertou). Não conseguiu tirar totalmente a venda do rosto, mas, pelo caminho indicado na lição, ficou, para teu pai, a sensação de ter caminhado de um aposento para outro da caverna onde, assim, alguma luz se fez.

Embora, o pai não saiba se achará a saída da caverna, já tem luz e visão em um dos olhos, entretanto, como antes estava com a venda, não sabe se, por ventura, andou para mais próximo da luz do que agora se encontra, e, também não sabe se não tomará, daqui para frente, outros caminhos que não o levem ao distanciamento da saída da caverna. Assim, resta a dúvida sobre ter sido, o novo aposento da caverna, aquele em que o livro achado conta ser o caminho *direito* - lugar próprio de um Direito positivado pelos homens, pois, não sendo ontológico,...

... perdão o palavirão, filha, ... não sendo, este Direito, existente em si mesmo e, precisando da Economia e de outras Ciências Sociais para ser entendido, apresenta possibilidades múltiplas na escolha do melhor caminho de verdade.

De qualquer forma, filha, só quem ler e refizer os passos dessa brincadeira, depois de terminada, é que, já com visão histórica, julgará se foram bons ou não os resultados da mesma.

Cabe, também, lembrar que é preciso levar em conta, neste julgamento, as aptidões de cada um, seu entendimento pessoal, circunstancial e capacidade de julgar.

Para o pai, restou a possibilidade de vencer um pequeno obstáculo: tirar a venda de um dos olhos e ter andado alguns metros na direção da luz; pois, se o caminho encontrado, não foi o libertador, pelo menos aguçou os sentidos e o raciocínio para uma nova jornada a ponto de, agora, teu pai querer contar, para você, a *história do caminho na caverna* que leu e que seguiu até aqui:

Antes de mais nada, queria dizer-te que estou escrevendo. Que bom!!!

Ao mesmo tempo que contente, o pai entristece: Que pena!!!

Entristece, pois, se é que existe algo a ser dito e escrito que, por um pequeno lapso de tempo, agora a pouco, foi intuído, já, influem, no *manejar do teclado*, os ideais pessoais, tendências e circunstâncias que rodeiam o viver de teu pai.

Mas, resta uma esperança de que esta história seja válida e interessante, por dois motivos:

Primeiro porque, embora teu pai seja o presente escritor do discurso, não é o *vencedor*, por ele, discurso, admirado.

Segundo, porque teu pai não é um filósofo ou pensador de vôos altíssimos e, portanto, como aprendiz de história, apenas esta questionando o caminho e não impondo-o.

Sabe filha,...

...geralmente, quando a história é contada, resta em seu discurso, a visão do escritor e narrador que venceu. Isto é tão verificável como é trágico pela falta de neutralidade e, se já não fosse ruim, pior, ainda é a sua imposição, pelo próprio escritor do discurso, aos demais.

Bem, filha, vamos, enfim à *historinha* que o pai aprendeu, ao tentar sair da caverna:

Era uma vez um Planeta azul muito bonito, chamado Terra e, nele, habitavam, dentre todo um perfeito e equilibrado mundo animal e vegetal, alguns seres denominados humanos, diferentes dos demais, pois eles pensavam, eles tinham consciência de si mesmos.

Porque viviam juntos a caçar, pescar, dançar para se protegerem de um ou outro animal que pensava serem eles comida, resolveram fazer uma sociedade para, assim, contarem histórias e serem ouvidos pelos demais, dançarem juntos, namorar e viver com a sensação de proteção.

Passado o tempo, descobriram que era útil ter consigo alguns objetos inseparáveis no seu dia a dia e, mais, resolveram trocar, entre eles, objetos que possuíam em excesso. O tempo passou.

Já agora, em castelos e em feudos - cidades antigas de pedra - os homens comerciavam - trocavam o excedente que tinham por outros bens, chamados mercadorias, até utilizando moedinhas. Também, nesse tempo ainda, alguns destes homens, do Planeta Azul, resolveram ser malvados e saquear os outros - comerciantes.

Reunidos, os comerciantes foram ao Rei, sim, pois, agora, já existiam reinos, castelos, nobres, padres e, também, o *resto dos homens* chamado povo que habitavam em casinhas de palha e madeira lá embaixo, longe da segurança do castelo. Ao Rei, disseram, os comerciantes:

- Temos de ter segurança, precisamos fechar e proteger o reino; pois, esta difícil comerciar.

Criaram-se, assim, fronteiras no Planeta Azul. Marcaram com ferro e uma *tinta vermelha* a *pele* do Planeta Azul. Depois, já dentro de fronteiras, onde estavam divididos e *protegidos*, os homens do planeta, criaram-se leis para que, quem desobedecesse, fosse punido e para tornar, os comerciantes, seguros no seu negócio e, de forma geral, assim, também, os possuidores seguros de suas posses.

E, ao povo, você perguntaria.

Bem, ao povo restou ... ao povo restou..., bem, acho que ao povo não restou. Afinal, não havia nada para ele possuir.

Adiante com a história.

O Planeta Azul, agora, tinha linhas divisórias, tinha Estados-nação e tinha Direito. Parece que estava completo, e, os reis reinavam, os comerciantes comerciavam, os padres rezavam suas missas e o povo, bem, depois nós veremos...

Mas, em certo momento dessa história, os comerciantes passaram a não mais vender e os estoques aumentaram e o povo esquecido permaneceu carente. Alguns homens - Pigou, Keynes e outros -, resolveram que, o Estado, teria que ajudar os comerciantes, mesmo que fazendo-o através do povo - chamaram isso de *Welfare State* e, assim, se determinou auxílio paternal do Estado na organização econômica, sem ser levado em conta que os recursos poderiam acabar e que tal ajuda, ocorrendo, teria de ser eficiente.

Então, mais recentemente, resolveram alguns destes homens do Planeta Azul, que não mais caberia, ao Estado-nação, auxiliar a um custo social tão alto e, mais, resolveram que já não era certo continuar machucando a *pele* do Planeta Azul com aqueles cortes profundos de ferro e sangue..., digo, de ferro e *tinta vermelha* e, por último, resolveram que, o Direito, protetor das propriedades nos moldes criados na origem do Estado-nação, já era um entrave

para os grandes comerciantes que estavam a escrever a história. Implementaram, então, novidades.

Criaram a idéia do Estado-mínimo, globalizaram a economia e adaptaram o discurso jurídico à eficiência.

Se é verdade que os objetivos das inovações não parece altruísta...

... filha, se é verdade que tudo isso foi feito por interesse de quem escreveu a história, também é verdade que em 200 anos de parte dessa história chamada capitalismo muitos dos possuidores não aprenderam a ser eficientes e, muitos daqueles que são do povo, nunca, irão aprender a sê-lo. Mas o interessante e irônico, é que, aqueles que condenavam o Estado por não garantir o social, são os mesmos que, agora, clamam por ele e os que defendiam-no de forma democrática e capitalista, agora, o exterminam. E, se não bastasse, o Direito que, como discurso, antes garantia a livre propriedade e a possibilidade de contratação direta, agora, pugna por uma eficiência globalizante.

Não há, filha, de minha parte, juízo de valor para dizer se está certo ou errado o rumo da história que te descrevo. O fato é que, se as coisas são como são, não se pode lidar com tantas novidades, segundo um discurso antigo. A visão holística - visão de mundo global - é necessária - para verificar que, se não de forma adequada, parece que os homens do Planeta Azul estão a caminhar e, também, por ironia, seus discursos levam à unificação de grandes conglomerados econômicos e das terras do Planeta Azul. Ao Direito, em especial, cabe, não, uma visão romântica e individualista mas, realmente, uma instrumentalização que lhe possibilite, na falta da objetividade de um ideal a ser apreendido do mundo metajurídico - natural ou idealista, a objetividade para tratar com agentes calculistas e racionalmente econômicos.

O mais bonito, a meu ver, nesta história, filha, é que, se o discurso novo do Direito e Economia é próprio para proteger, o é para quem aprendeu a ser eficiente. Com isso, sei que muitos perderão a proteção por que eram proprietários e não aprenderam a ser eficientes e, ao povo, bem, se já não lhe restava nada, resta, agora, correr em direção contrária ao tempo perdido utilizando o próprio discurso da eficiência para apropriar o que nunca lhe pertenceu e, depois, com o trabalho dobrado, provar seu valor: provar sua eficiência, por que nada ser-lhe-á dado de favor cabendo-lhe resistir e perseverar como até agora o fez..

Provavelmente, filha, a escuridão da caverna me tenha deixado tonto, e a *historinha* seja um tanto triste, mas a esperança que, com toda certeza tenho, é de que todos os caminhos

intentados por homens dignos e com absoluta honestidade podem levar ao bem final, à complacência Aristotélica, à felicidade e alteridade.

Assim, o Direito de que te falo não sendo, talvez, a derradeira resposta utópica de justiça para o meu tempo, é um intento dentro das possibilidades do real, que, espero, possa, um dia, possuíres nas tuas mãos como a realidade do sonhado, hoje, por mim.

GLOSSÁRIO: DEFINIÇÃO DE TERMOS, CONCEITOS OPERACIONAIS E INSTITUTOS UTILIZADOS

1. **Análise e Análise Marginal** - *É a decomposição de um todo em suas partes (cf. por exemplo, LALANDE, A . Vocabulaire Technique et critique de la Philosophie. Paris : puf 1960. p. 55). Essa decomposição pode ser: a) material, como no caso da análise química; b) ideal, como no caso da análise de um conceito.(...) Análise é também o método ou estudo que um exame discursivo ou científico da realidade comporta. A análise opõe-se logicamente à síntese, visto que esta consiste na composição ordenada dos elementos diferentes de um todo, i.e., na operação contrária à analítica. Como o conceito de análise é um dos mais gerais existentes na metodologia científica, cada ciência o utiliza qualificando seu tipo e característica. (...)*

Em teoria Econômica a expressão é às vezes mais estritamente relacionada com análise quantitativa incremental, como por exemplo ao focalizar o custo incremental ou “extra” (marginal de produção de uma unidade de mercadoria, em detrimento do custo total ou médio de produção de um estoque dela.. (...)O método marginal de análise representou enorme progresso para a economia. D. Ricardo (1772-1823) (Principles of political economy and taxation. London: John Murray. 1817), embora muito atacado por teóricos marginalistas posteriores, foi o primeiro economista a empregá-lo sistematicamente. Aplicou o método em sua análise do custo (marginal) crescente dos gêneros alimentícios com margens de cultivo da terra mais extensivas ou intensivas, e em suas teorias derivativas de rendimento da terra e de oscilações seculares na distribuição da renda.(...) A. Marshall (Principles of Economics, 1980. 8ª ed. London : Macmillan. 1922) combinou a análise da procura marginal com a análise do custo marginal generalizado, construindo uma análise marginal global de valor e distribuição. De modo geral foi ele o autor do protótipo da análise marginal desses problemas. No decorrer do séc. XX a análise marginal passou por novas elaborações. A economia da empresa individual tem sido cuidadosamente examinada segundo princípios marginalistas, por um lado levando a uma análise mais precisa do comportamento do custo sob condições variáveis (a longo ou curto prazos), por outro lado estimulando a ascensão da teoria da concorrência monopolística ou imperfeita. A análise marginal dos problemas de bem-estar social iniciada por Marshall (ibid.) e outros (como por exemplo, Walras, L. Éléments d'économie politique pure. 1874) no fim do séc. XIX foi levada muito além (ver PIGOU, A. C. The economics of welfare. 1920. 4ª ed. London : Macmillan, 1932; e , para um tratamento mais recente, SCITOVSKY, T. Welfare and competition : the economics of a fully employed economy. London : Allen & Unwin, 1952). Tudo isso teve o efeito de orientar a teoria econômica no sentido de determinar máximos e mínimos. Em alguns setores o comportamento econômico e quase toda a teoria econômica passaram a ser identificados com maximização segundo linhas marginalistas (...).¹

2. **Análise de Custo/Benefício** - *Processos econômicos de avaliação e comparação de possibilidades evidenciando seus custos comparativamente com o retorno esperado de vantagens, em termos reais e/ou monetários. As pessoas tendem a comportar-se, economicamente, minimizando custos e maximizando benefícios ou receitas conforme postulado comportamental do homo oeconomicus.*

¹ SILVA, Benedicto (Coord.) *Dicionário de Ciências Econômicas* . Rio de Janeiro : MEC/FGV. 1986. pp. 43-48.

3. **Custo de Oportunidade** - trata-se do valor social de que se abre mão quando os recursos em questão são desviados de atividades econômicas alternativas para o projeto específico..²

4. **Custo de transação** - O custo de transação é o total de custos envolvidos na consecução da troca de bens ou serviços e que oneraram o valor de troca original. Podem ser considerados, por exemplo, custos de transporte, frete, propaganda, informação e outros.

5. **Eficácia da norma**: Refere-se à maneira que os homens devem conduzir-se, segundo à norma jurídica. É a efetividade da conduta segundo a norma.

6. **Eficiência Econômica** - Para Posner : Eficiência Econômica é a maximização da riqueza.

7. **Excedente do Consumidor** - Trata-se da soma máxima, em dinheiro, que um consumidor estaria disposto a pagar por um dado volume de um bem , menos o volume que ele realmente paga³ .

8. **Externalidade** - *Os Efeitos Externos, ou uma abreviação de Economias e Deseconomias Externas - ocasionalmente chamadas de "externalidades", mais pitorescamente de "efeitos de vizinhança", (...) tratam de um efeito direto sobre os lucros ou o bem-estar de outrem como subproduto incidental de atividades legítimas de alguma pessoa ou firma.* ⁴

9. **Interpretação** - *ou hermenêutica têm sido usadas em relação à arte ou à ciência da interpretação e do esclarecimento do sentido das Sagradas Escrituras. Aplicada às Escrituras, a hermenêutica foi criada já no séc. XVI pelo luterano Matthias Flacius Illyricus em sua obra Clavis Scripturae Sacrae, de 1567.*

Como disciplina filosófica foi elaborada por G.F. Maier, por F.E.D. Schleiermacher e principalmente por H. Dilthey. Para Dilthey a hermenêutica não é uma simples técnica auxiliar no estudo da história da literatura e das ciências do espírito em geral; é um método igualmente distanciado da arbitrariedade interpretativa romântica e da redução naturalista, método que permite fundamentar a validade universal da interpretação histórica.(...).

Tipos de interpretação. Tendo em vista a matéria ou o objeto sobre o qual recai a interpretação, pode-se dividi-la em literária ou documental, destinada a esclarecer o sentido ou conteúdo conceptual de um documento, frase ou expressão escrita; e sociológica, voltada para o esclarecimento e a análise dos fenômenos sociais. Na interpretação literária ou documental merece especial atenção a interpretação das leis que, dependendo das pessoas que a realizam, pode ser autêntica, usual e doutrinária. Interpretação autêntica é a que é feita pelo próprio legislador e participa da natureza e do valor da lei. usual é a que é feita pelo próprio legislador e participa da natureza e do valor da lei. Usual é a que é levada a cabo pelos tribunais e tem um alto valor quando a jurisprudência é considerada fonte do direito; fora desse caso não tem mais valor do que o conteúdo científico ou doutrinário das decisões, pelo que se inclui na interpretação doutrinária, levada a cabo pelos juristas e de tão grande importância que abrange as restantes, dando origem à doutrina da interpretação. F. K. Savigny destaca quatro elementos da interpretação, em razão dos quais surgem quatro formas ou tipos diferentes de hermenêutica da lei, perfeitamente aplicável, por

² MISHAN, E.J. *Elementos de Análise de Custos - Benefícios* Op. cit. p.15.

³ Alfred Marshall *apud* Op. cit. pp. 53.

⁴ Op. cit. p. 147.

outro lado, à análise de qualquer documento escrito, não só legal mas também de caráter social, religioso, etc.

a) O elemento gramatical (...)

b) O elemento lógico (...)

c) O elemento histórico (...)

d) O elemento sistemático (...)

A chamada interpretação sociológica se volta para a análise e explicação dos fenômenos sociais de acordo com métodos sociológicos rigorosos e utilizando unidades de investigação e conceitos de caráter sociológico. A finalidade da interpretação se estriba na descoberta das causas e conexões dos diversos fenômenos sociais observados em meio ao acúmulo de circunstâncias, requisitos e condições que os rodeiam.

A hipótese inaugura o momento da interpretação ao adiantar uma presumível resposta à questão colocada, cuja exatidão e correção serão verificadas pela pesquisa. Uma hipótese de trabalho é um esboço de lei sociológica, que procura desentranhar o conteúdo permanente que os fenômenos deixam transparecer, com sua uniformidade e constância. Se a hipótese é comprovada e verificada pela experiência, converte-se em lei; do contrário é abandonada, formula-se uma nova hipótese que por sua vez será submetida a verificação e comprovação.

Como a ciência é por sua própria essência interpretativa e explicativa de seu objeto, o fim último de toda ciência é formular algumas leis, algumas relações constantes entre fenômenos. Essas leis têm caráter explicativo provisório, posto que definem as conexões entre os diversos aspectos da realidade e permitem, por sua vez, a previsão de determinados fenômenos sociais (...). ⁵

10. **Maximização:** Economicamente, maximizar significa obter a maior diferença entre receitas e despesas, benefícios e custos. Gráficamente o ponto de maximização é aquele em que Receita Marginal é igual ao Custo Marginal. Matematicamente, obtém-se o ponto de máxima de uma função através de sua derivada.

11. **Melhoria de Pareto** - Ocorre se alguma reorganização econômica faz com que uma ou mais pessoas fiquem em melhor situação sem fazer com que alguém fique em situação pior. ⁶

12. **Melhoria Distributiva** - Ocorre se há quase unanimidade de que a distribuição resultante da reorganização econômica constitui um melhoramento. ⁷

13. **Preço - Sombra** - Em termos gerais, preço - "sombra", ou preço "contábil" - as palavras são permutáveis entre si - é o preço que o economista atribui a um bem ou fator com base no argumento de que ele é o mais apropriado para a finalidade do cálculo econômico do que o seu preço vigente, se houver algum. (...) Na avaliação de um projeto, o economista pode eficazmente "corrigir" certo número de preços de mercado e, igualmente, atribuir preços a ganhos e perdas que não têm preços e que se espera que o esquema produza. ⁸

14. **Utilidade** - Em Economia, é o poder que tem uma mercadoria, ou serviço, de proporcionar satisfação, por corresponder a uma necessidade. A Economia não investiga a

⁵ SILVA, Benedito (Coord.) *Dicionário de Ciências Econômicas*. Op. cit., p. 637.

⁶ MISHAN, E.J. *Análise de Custos - Benefícios : uma introdução Informal*. Op. cit. p. 423.

⁷ Op. cit. p. 423.

⁸ Op. cit. p. 109.

ética ou a moral das necessidades (...). Seu interesse se concentra na utilidade de uma mercadoria ou de um serviço na margem, i. e., no aumento ou na diminuição da utilidade total que acompanha um aumento ou diminuição na oferta, pois é na margem que as decisões se tomam e que a utilidade marginal (que geralmente diminui à medida que a quantidade cresce) entra na determinação do valor e do preço.⁹

15. Utilidade Limite - Utilidade que, dada uma determinada e parcelável quantidade de um bem , corresponde à última parcela do mesmo. Esse conceito se baseia na averiguação de que as necessidades humanas são suscetíveis de gradual saturação, de modo, que aumentando-se o suprimento de um bem , minguia a satisfação por ele proporcionada. A utilidade limite é , portanto, a última utilidade que ainda possui interesse econômico, ou então a satisfação de uma necessidade proporcionada pela última quantidade parcial de um bem. Foi Wieser quem, pela primeira vez em pregou o conceito de utilidade limite. A teoria da utilidade limite é , na sua essência , uma teoria do valor e, mais propriamente, uma teoria subjetiva do valor , porque procura a fonte da valorização dos bens no julgamento humano. Deve-se o substrato dessa teoria a Gossen, Jevons, Walras e Menger, que se anteciparam na formulação do conceito psicológico da utilidade. Posteriormente ela se bifurcou em dois ramos. Essa cisão se processou, parcialmente sob o influxo da escola matemática, e, de outra parte, sob a influência da escola austriaca, que procurou ampliar a base psicológica do conceito. Desde o seu início, a teoria da utilidade limite foi combatida pelos partidários da teoria objetiva do valor, que argumentavam não distinguir aquela entre utilidade e custo, não levar em conta os elementos objetivos da formação do valor, ser excessivamente individualista e subjetivista, e que, dessarte, convertia a Economia Política em um ramo da psicologia.¹⁰

16. Utilidade Marginal Decrescente - Lei que define a taxa na qual a satisfação, derivada de um bem ou de um serviço , varia conforme a sua quantidade > O propósito da atividade econômica é a produção de bens e serviços para satisfazer as necessidades humanas. Diz-se que tais bens e serviços possuem "utilidade". A utilidade de um bem é a satisfação que o seu possuidor, real ou em perspectiva, deriva (ou espera derivar) da sua posse ou do seu consumo. Não implica julgamento moral, estético ou de qualquer outra origem, nem mesmo padrões qualitativos. É de natureza subjetiva e existe somente no espírito do indivíduo que a experimenta, não possuindo, portanto, objetividade nem valor intrínseco.

A medida que o indivíduo adquire unidades adicionais de uma mercadoria, a satisfação total ou a utilidade que dela extrai aumenta , mas não proporcionalmente: aumenta a uma taxa decrescente , possivelmente atingindo um máximo eventual. Além desse ponto, novas unidades proporcionariam uma utilidade negativa ou desutilidade, i.e., seriam obstrutivas, incômodas ou ofensivas. (...)

A lei da utilidade marginal decrescente exprime essas idéias. Baseia-se na observação de que, num dado momento do tempo, as necessidades se saciam, de modo que a satisfação adicional (ou "marginal") acrescentada pelas unidades sucessivas declina, e pode até tornar-se negativa. A lei da utilidade marginal decrescente, enunciada em termos gerais, estabelece que o consumo individual, de uma dada mercadoria, aumenta, relativamente ao consumo de outras mercadorias (as outras coisas permanecendo iguais), a utilidade

⁹ SELDON, Arthur e PENNANCE, F.G. *Dicionário de Economia* Trad. Nelson de Vicenzi. Rio de Janeiro : Edições Bloch. 1969.V.2 L-Z. pp. 586-587.

¹⁰ *Op. cit.* pp. 587.

marginal daquela mercadoria diminuirá para o consumidor, relativamente à utilidade marginal destas mercadorias.

Essa lei ajuda também a explicar por que quantidade maior de uma mercadoria é, geralmente, comprada a preços mais baixos. O dispêndio de um indivíduo em diferentes bens reflete sua escala de preferência e sua renda. Da lei da utilidade marginal decrescente, infere-se que a utilidade total de um dispêndio de uma dada renda atingirá o seu máximo quando tal dispêndio se distribuir entre bens e serviços, de modo que uma unidade de dispêndio (um centavo ou um cruzeiro¹¹) proporcione uma utilidade adicional (marginal) igual para todos os bens e serviços ou, mais precisamente (uma vez que os preços dos bens não são iguais), de modo que as utilidades marginais relativas sejam proporcionais aos preços relativos. Se isso assim não fosse, a utilidade total poderia ser aumentada, redistribuindo-se o dispêndio, até que as utilidades marginais fossem iguais, ou proporcionais ao preço.

Essa é a condição de equilíbrio para o indivíduo. O equilíbrio seria perturbado, se o preço de mercado de uma mercadoria caísse enquanto todos os demais permanecessem inalterados. A taxa de utilidade marginal relativamente ao preço seria, então, por causa da queda no preço, maior para a mercadoria aludida do que para outras. Para restaurar o equilíbrio, o dispêndio deveria ser transferido de outros bens, até que as utilidades marginais relativas fossem novamente, e por toda parte, proporcionais aos preços relativos. Esse “efeito de substituição” de uma mudança no preço de uma mercadoria tende, invariavelmente, a aumentar as compras de um bem quando o seu preço cai relativamente aos outros. O efeito de substituição é, comumente, reforçado pelo fato de que uma queda no preço de uma mercadoria realmente aumenta a renda do consumidor, uma vez que a mesma quantidade daquela pode agora ser comprada com menor sacrifício desta. Uma vez que a renda aumentou, os consumidores tenderão a comprar mais de todos os bens, inclusive da mercadoria em questão. Normalmente esse “efeito - renda” de uma mudança de preço não será significativo, a menos que as mudanças de preço e as quantidades de mercadoria sejam grandes em relação ao dispêndio dos consumidores. Quando a mercadoria é um bem “inferior”, o efeito-renda de uma alteração de preço torna-se importante, uma vez que a sua ação pode-se fazer sentir em oposição ao efeito de substituição, em vez de reforçá-lo, e, se for bastante forte, pode mesmo sobrepujá-lo, levando assim o indivíduo a comprar menor quantidade de uma mercadoria quando o seu preço cai.¹²

17. Utilitarismo - Termo político e filosófico introduzido por Jeremy Bentham na teoria dos meios de promover “a maior felicidade para o maior número”, que obteve muitos adeptos entre os economistas e os pensadores políticos. (...) Bentham empregou a palavra utilitarian para designar a orientação moral da sua doutrina. Posteriormente (1863), John Stuart Mill assim a definiu: A doutrina que baseia a moral na Utilidade, ou Princípio da Maior Felicidade, sustenta que as ações são boas na medida em que tendem a aumentar a felicidade, mas não quando tendem a produzir o contrário da felicidade. Por felicidade entendem-se o prazer e a ausência da dor; pelo seu contrário, a dor e a ausência do prazer.” Anteriormente, Proudhon, já havia excelentemente caracterizado o conceito: “Chama-se utilitarismo o sistema que consiste em identificar a noção do justo à do útil, fazendo, conseqüentemente, do interesse o princípio do Direito e da Moral”.¹³

¹¹ Leia-se, aqui, a moeda REAL.

¹² Op. cit. pp. 587-588.

¹³ Op. cit. p. 589.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS - GERAL

- A. CASHUGA. *Fundamentos normativos de la acción y de la organización social*. Ariel : Barcelona, 1985.
- ACKERMAN, Bruce. *Del Realismo al Constructivismo Jurídico*. Trad. Juan Gabriel López Guix. Barcelona : Editorial Ariel, 1988.
- ALCHIAN, Armen A. *Private Property and Relative Cost of Tenure* in Philip D. Bradley (comp.), *The Public Stake in Union Power*. Virginia : University of Virginia Press. 1959. pp. 350-371.
- ALPA, Guido et alli. *Interpretazione Giuridica e Analisi Economica*. Milano : Giuffrè. 1982.
- _____. *Interpretazione Economica del Diritto*. Rivista del Diritto Commerciale, ano 1979, Lul - Dec. , 1981
- _____, PULITINI F., RODOTÀ S. E ROMANI F. *Interpretazione giuridica e analisi economica*. Milano: Giuffrè. 1982.
- ALTMAN, Andrew. *Critical Legal Studies: a liberal critique*. New Jersey : Princeton University Press. 1993.
- ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos Ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado (AIE)*. Trad. Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro, introd. e crítica de José Augusto Guilhon Albuquerque 6ª. ed. Rio de Janeiro : Graal, 1992.
- A.P. Pekelis *The Case for a Jurisprudence of Welfare*. *Social Research*, II . 1944
- _____. *La tecla para una ciencia jurídica estimativa* in CAIRNS et alli. *El actual pensamiento jurídico norteamericano*. Buenos Aires :Editorial Losada. 1951.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Mário da Gama Kury. 3ª ed. Brasília : Editora da Universidade de Brasília. c1985, 1992.
- ARNAUD , André-Jean . *O Direito traído pela Filosofia* . trad. Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre : S. A. Fabris Editor. 1991.
- ARTHUR KAUFMANN e WINFRIED HASSEMER.. *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. ed. espanhola. Trad. Gregorio Robles et alli. Madrid : Editorial Debate, 1992.
- AUGUSTO, Ana Maria Ferraz. *Sistematização para Consolidação das Leis Brasileiras de Direito Econômico*. Belo Horizonte : Fundação Brasileira de Direito Econômico, 1975.
- AVELLAR, Hélio de Alcântara. *História Administrativa e Econômica do Brasil*. 2ª. ed. Rio de Janeiro : FENAME, 1976.
- A. SEN. *Collective Choice and Social Welfare*. 1970.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Saraiva, 1991.
- _____, *Comentários à Constituição do Brasil : promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo : Saraiva, v. 7 . arts. 170 a 192, 1988.
- BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. Trad. Luiz João Baraúna. Coleção Os Pensadores .v. XXXIV. São Paulo : Abril Cultural, 1974.
- BLACK, Duncan. *The Theory of Committees and Elections*. Cambridge University Press, 1958.
- BOBBIO, Norberto. *Derecho y Ciencias Sociales*. In : *Contribución a La Teoria del Derecho*. Trad. Alfonso Ruiz Miguel edición espanhola. Valencia : Fernando Torres - Editor, 1980.

- BONAVIDES, Paulo . *Curso de Direito Constitucional*. 5^a ed. rev. e amp. São Paulo : Malheiros, 1994.
- BROAD, C. D. *Five Types of Ethical Theory*, Londres : Routledge and Kegan Paul. 1979.
- BROOME, John. *Utility. Economics and Philosophy*, 7. 1991.
- BUCHANAN, James M. *Constitutional Economics*. Oxford : Basil Blackwell Ltd., 1991.
- _____. *Custo e Escolha Uma indagação em Teoria Econômica*. Trad. Luiz Antonio Pedroso Rafael. São Paulo : Inconfidentes, 1993.
- BUTLER, Joseph, *Fifteen Sermons in D.D. Raphael (comp.)*, *British Moralists*. Oxford : Clarendon Press. 1969, Tomo I.
- CAIO PRADO JÚNIOR. *História Econômica do Brasil*. 34^a ed. São Paulo : Brasiliense, 1986
- _____. *Formação do Brasil Contemporâneo*. 6^a ed. São Paulo : Brasiliense, 1961.
- CALABRESI, Guido. *Some Thoughts on Risk Distribution and the law of Torts*. 70 Yale L.J. 499, 1961.
- _____. *El Coste de los Accidentes : Análisis Económico Y Jurídico de la Responsabilidad Civil*. Trad. Joaquín Bisbal. Barcelona : Ariel , 1984.
- _____. e MELAMED, A. *Property Rules, Liability Rules and Inalienability : One View of the Cathedral*. *Harvard Law Review*. 1972.
- CANNAN, Edwin. *The History of Local Rates in England*. 2^a ed. Londres. 1912.
- CANOTILHO, J.J. Gomes . *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador : contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas* . Coimbra, 1994.
- _____. *Direito Constitucional*. 6^a. ed. rev. Coimbra : Almedina, 1993.
- _____. MOREIRA , Vital . *Fundamentos da Constituição*. Coimbra, 1991.
- CARR, Edward Hallett, *20 anos de crise : 1939-1945*. Trad. Luiz Alberto Figueiredo Machado. Coleção Pensamento Político. Brasília : UNB, 1981.
- CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. *Direito Econômico*. São Paulo : RT . 1973.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio . *Você conhece sociologia jurídica ?* Rio de Janeiro : Forense . 1994.
- CHENOT, Bernard. *Droit Public Economique*. Paris : Les Cours de Droit. 1965.
- CLÈVE, Clemerson Merlin . *O Direito e os direitos : elementos para uma crítica do direito contemporâneo* . São Paulo : Acadêmica . Curitiba : Scientia et Labor. 1988.
- COASE, Ronald H. *The Federal Communications Commission*, 2 *Journal of Law & Economics*. 26-27. 1959.
- _____. *The Problem of Social Cost*. 3 *J. Law & Econ*. 1, 1960.
- COLEMAN, J.L. *The Economic Analysis of the Law in Ethics, Economics and the Law*, R. L. Pennock e J.W. Chapman. 1982.
- COMPARATO, Fábio K. *O Indispensável Direito Econômico in* São Paulo : RT, v. 353/14 e ss. 1965.
- COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Harper Collins Publishers, 1988.
- CORRÊA, Oscar Dias. *O sistema político-econômico do futuro : o societarismo*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1994.
- COTTELY, Esteban . *Teoria del Derecho Económico*. Buenos Aires : Frigerio Artes Gráficas, 1971.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, v. VIII. arts. 170 a 232, 1993.
- _____. *Comentários à Lei Antitruste (Lei n 8884 / 94)*. Rio de Janeiro : Forense, 1995.
- DREIFUSS, René Armand . *O Jogo da Direita na Nova República*. Rio de Janeiro : Ed. Vozes Ltda. 1989.

- DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Oxford : Clarendon, 1986.
- _____, *El Império de la Justicia*. Trad. Claudia Ferrari. Barcelona : Gedisa, 1988.
- _____, *Law's Empire*. 6 Law & Phil., 1987.
- _____, *Taking Rights Seriously*. 7^a ed. Cambridge, Massachusetts : Harvard University Press., 1980.
- _____, *Why efficiency?* In : Kupperberg, Mark ; Beitz, Charles. *Law Economics and Philosophy. A Critical Introduction with Applications to the Law of Torts*. Totowa, New Jersey : Roman and Allan Held., 1983.
- _____, *The Philosophy of Law*. Oxford : Oxford University Press. 1982.
- DEMSETZ, Harold. *The Exchange and Enforcement of Property Rights*. *Journal of Law and Economics*. v. 7, out. 1964. pp. 11-26.
- _____. *Some Aspects of Property Rights*. *Journal of Law and Economics*. v.9. out. 1966, pp. 61-71.
- DIEGO FARREL, MARTÍN. *Métodos de la Ética*. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1994.
- DOWNS, Anthony. *An Economic Theory of Democracy*. Harper and Row, 1957.
- E. H. CHAMBERLIN. *The Theory of Monopolistic Competition*. 6^a ed. Cambridge, Massachussets : Harvard Universit Press. 1950.
- EPICURO, *Antologia de Textos*; EPICURO. *Da natureza*; TITO LUCRÉCIO CARO, *Da República*; MARCO TÚLIO CÍCERO, *Consolação a minha mãe Hélvia* ; *Da tranqüilidade da alma* , *Medéia* ; *Apocoloquintose do Divino Cláudio* ; MARCO AURÉLIO, *Meditações*; Coleção Os Pensadores. Trad. e notas Agostinho da Silva, Amador Cisneiros, Giulio Davide Leoni, Jaime Bruna; estudos introdutórios E. Joyau e G. Ribbeck. 2^a ed. Coleção Os Pensadores. São Paulo : Abril Cultural, 1980. p. XII. e 1-20.
- EUCKEN, Walter. *Cuestiones Fundamentales de la Economía Política*. Trad. de I. Illig Lacoste. 2^a ed. esp. Madrid : Alianza, 1967.
- FARBER, Daniel A. e FRICKLEY Philip P., *The Jurisprudence of Public Choice*. *Texas Law Review*. v. 65, n° 5, abr. 1987.
- FARIA, Guiomar Therezinha Estrella. *Interpretação Econômica do Direito*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1994.
- FARIA ,José Eduardo. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo : Malheiros, 1993.
- FARIA, Werter R. *Constituição Econômica : Liberdade de Iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre : Sérgio A. Fabris, 1990
- FERGUSON. C.E. *Microeconomia*. Trad. Almir Guilherme Barbassa e Antonio Pessoa Brandão, rev. téc. Fernando Lopes de Almeida e Francisco Rego Chaves Fernandes. 12^a ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1989.
- FERRAZ JÚNIOR , Tércio Sampaio . *Conceito de Sistema no Direito : uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask* . São Paulo : Ed. Revista dos Trfbunais , Ed. da Universidade de São Paulo, 1976.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves . *Curso de Direito Constitucional* . 20^a. ed. rev. São Paulo : Saraiva, 1993.
- _____. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo : Saraiva, 1990.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo : Saraiva. v. 6. arts. 163 a 192, 1994.
- _____, *Curso de Direito Constitucional*. 6^a. ed., ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 1993.
- FISS, Owen M. *The Death of the Law?* *Cornell Law Review*. v. 72, n° 1, nov 1986, pp. 1-16.
- FLORIDO , Luiz Augusto. *Hermenêutica Jurídica* . Rio de Janeiro : Liber Juris Ltda. 1993.

- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro : Forense., 1995.
- FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 4. ed. rev. São Paulo : Saraiva. 1995.
- FREUD, Sigmund. *Cinco Lições de Psicanálise: A história do movimento psicanalítico; O futuro de uma ilusão; O mal-estar na civilização; Esboço de Psicanálise / Sigmund Freud; seleção de textos de Jayme Salomão. Trad. Durval Marcondes et alli. Coleção Os Pensadores. São Paulo : Abril Cultural, 1978.*
- _____. *O mal-estar na civilização*. Sigmund Freud ; seleção de textos de Jayme Salomão ; trad. Durval Marcondes et alli. Coleção Os Pensadores. São Paulo : Abril Cultural, 1978.
- _____. *Totem und Tabu. In* _____. *Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud*. Rev. Téc. Leão Cabernite. Trad. Örlizon Carneiro Muniz e Jayme Salomão Com. e notas James Strachey. v. XIII, p. 13-191, (1912). Rio de Janeiro : Imago. 1974.
- FROHLICH, Norman e OPPENHEIMER, Joe. *Economia Política Moderna*. Trad. Ana Maria Schiavenatto e Luís de Toledo Filho. Brasília DF : Editora da Universidade de Brasília, Coleção Pensamento Político, 57. 1982.
- FURUBOTN, Eirik e PEJOVICH. Svetozar. *Introduction: The New Property Rights Literature in The Economics of Property Rights*, Ballinger, 1974.
- GARCIA, Jesus I. Martinez. *La teoria de la Justicia en John Rawls*. Centro de Estudios Constitucionales : Madrid, 1985.
- GAY, John. *Concerning the Fundamental principle of Virtue or Morality*, in D.D. Raphael. Comp. *British Moralists. 1650-1800*. Oxford : Clarendon Press. 1969, Tomo I, p.413.
- GIOFFRÉ, Marcelo A. e MORANDO, Mario J. *Economía y Orden Jurídico. El impacto de la Juridicidad en los Procesos Económicos*. Buenos Aires : Ad-Hoc, 1994.
- G. OLIVEIRA, Julio H. *Derecho Económico : Conceptos y Problemas Fundamentales*. 2. ed. Buenos Aires : Ediciones Macchi. 1981.
- GOMES, Orlando e VARELA, Antunes. *Direito Econômico*. São Paulo : Saraiva, 1977.
- GONÇALVES, Everton das Neves. *Direito, Economia e Interdisciplinaridade*. Registro Biblioteca Nacional nº 115272, Liv. 174 fl. 136. em 01.08.96. Obra não publicada.
- GORDON, Robert W. *Nuovi sviluppi nella teoria del diritto in Dmocrasia e Diritto*, nº 5-6. 1990.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.
- _____. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1981.
- HABERMAS, Juergen. *Teoria de La Acción Comunicativa : complementos y Estudios Previos*. Trad. Manuel Jimenez Redondo. 2ª ed. Madrid : Cátedra Teorema, 1994.
- _____. *A Crise de legitimação no Capitalismo Tardio*. Trad. Vamireh Chacon. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1980.
- _____. *Conhecimento e Interesse com um novo posfácio*. Intr. e trad. José N. Heck. Rio de Janeiro : Guanabara, 1987.
- _____. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Trad. de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- _____. *Mudança Estrutural da Esfera Pública : investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1984.
- _____. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1990.
- _____. *Teoria de La Acción Comunicativa : complementos y Estudios Previos*. Trad. Manuel Jimenez Redondo. 2ª ed. Madrid : Cátedra Teorema, 1994.

- _____, *Técnica e Ciência como ideologia*. Trad. Artur Morão. Lisboa: edições 70, 1968.
- _____, *Razão Comunicativa e Emancipação*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1989.
- HADDOCK LOBO, R. *História Econômica e Administrativa do Brasil*. 17ª ed. São Paulo : Atlas, 1972.
- _____. *Pequena História da Economia*. 2ª ed. São Paulo : Livraria Martins Editora, 1959.
- HASLETT, D.W. *What is Utility ? Economics and Philosophy*, 6. 1990.
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo : Mestre Jou., 1968.
- HERKENHOFF, João Baptista . *Como aplicar o direito : (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica-política)* . 3 ed. rev., ampl. e atualizada. Rio de Janeiro : Ed. Forense. 1994.
- H. L. HART. *American Jurisprudence through English Eyes : The Nightmare and the Noble Dream. in Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford : Clarendon Press. 1983.
- HICKS. *The Foundations of Welfare Economics*. 49 Econ. J. 696 . 1939.
- HIRSCH, Werner Z. *Law and Economics. An Introductory Analysis*. 2ª ed. San Diego, CA : Academic Press Inc., 1988.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4ª ed. São Paulo : Nova Cultura, 1988.
- HORTA, Raul Machado. *Constituição e Ordem Econômica e Financeira. In : Revista Brasileira de Estudos Políticos*. nº 72. Belo Horizonte : Universidade Federal de Minas Gerais. Jan., 1991.
- HORWITZ, Morton J. *Law and Economics : Science or Politics . Hofstra Law Review.*, nº 8, 1980.
- HOSPERS, John. *La conducta humana*. Madrid : Tecnos, 1979.
- HUGON, Paul . *História das Doutrinas Econômicas*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1942.
- HUME, David. *Tratado de la Naturaleza Humana*. Madrid : Editora Nacional. 1977. Tomo. II.
- HUTCHESON, Francis. *An Inquiry Concerning Moral Good and Evil. in D.D. Raphael Comp. British Moralists. 1650-1800*. Oxford : Clarendon Press. 1969, Tomo I, pp. 283-284.
- HUTCHINSON, D. *History of American Legal Thought, II : The American Realists*. Escola de Direito da Universidade de Chicago. 1984.
- JAMES, William. *The varieties of Religious Experience Pragmatism. A pluralistic Universe. The Meaning of Truth. Some Problems of Philosophy Essays*. New York : Literary Classics of the United States, Inc., 1987.
- _____, *Pragmatismo e outros Textos*. Trad. Jorge Caetano da Silva, Pablo Rubén Mariconda. Coleção os Pensadores. São Paulo : Abril Cultural, 1979.
- JEVONS, William Stanley. *A Teoria da Economia Política*. Trad. Cláudia Laversveiler. Coleção Os Economistas. São Paulo : Abril Cultural, 1983.
- JHERING, Rudolf Von . *Der Zweck im Recht*, 6. 8 ed. 1923. v.1.
- J. M. Colomer. *El Utilitarismo. Una teoria de la acción racional*. Montesinos: Barcelona, 1987.
- JOAN ROBINSON, *The Economics of Imperfect Competition*. Londres: Macmillan & Co Ltda. 1933.
- JUAREZ FREITAS . *A interpretação Sistemática do Direito* . São Paulo : Malheiros . 1995.

- KALDOR-HICKS, *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, *Economic Journal*, v. 49, n° 549, 1939.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad. Kritik der Reinen Vernunft. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- KARAM, Vera de Chueiri. *A filosofia Jurídica de Ronald Dworkin como possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Florianópolis. 1993. Dissertação de Mestrado - Filosofia do Direito.
- KEKES, John. *Moral Institution*. *American Philosophical Quarterly*. v. 23. n.1.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luíz Carlos Borges. Rev. téc. Péricles Prade. 2ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 1992.
- _____. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 4ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 1994.
- KEYNES, John Maynard. *Teoria Geral do Emprego, do Juro e do Dinheiro*, Fundo de Cultura : Rio de Janeiro, 1964.
- KONRAD HESSE . *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*. Trad. de. Pedro Cruz Villalón. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- KUPPERBERG, Mark e BEITZ, Charles. *Law Economics and Philosophy. A Critical Introduction with Applications to the Law of Torts*. Totowa, New Jersey : Roman and Allan Held, 1983.
- LAMEGO , José. *Hermenêutica e Jurisprudência : análise de uma recepção*. Lisboa: Editorial Fragmentos . . 1990.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 2ª ed. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1988.
- LEFTWICH, Richard H. *O Sistema de Preços e a Alocação de Recursos*. Trad. Evonir Batista de Oliveira. São Paulo : Pioneirra. 1974.
- LIONEL, Richard. *A República de Weimar , 1919-1933*. São Paulo : Cia. das Letras: Circulo do Livro. 1988.
- LLEWELLYN, K.N. *Some Realism about Realism*. *Harvard Law Review*, v. 44. 1931.
- LOCKE, John. *Ensayo sobre el entendimiento humano*. Madrid :Editora Nacional. 1980. Tomo I, libro II.
- LORD SHAFTESBURY. *An Inquiry Concerning Virtue or Merit in D.D. Raphael (Comp.)*. *British Moralists*. Oxford : Clarendon Press. 1969, Tomo I, pp. 173-175.
- LUHMANN, Niklas . *Sociologia do Direito I* . Trad. Gustavo Bayer. Col. Bibiloteca Tempo Universitário n 75. Rio de Janeiro : Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- _____. *Sociologia do Direito II*. Trad. de Gustavo Bayer. Coleção Biblioteca Tempo Universitário n°80. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro. 1985.
- _____. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte-Real. Col. Pensamento Político n 15. Brasília : Editora da Universidade de Brasília, 1980.
- MAGALHÃES FILHO, Francisco de B.B. de. *História Econômica* . 12ª ed. São Paulo : Saraiva, 1991.
- MAGALHÃES, Maria da Conceição Ferreira. *A hermenêutica Jurídica* . Rio de Janeiro : Forense . 1989
- MANGABEIRA, Roberto Unger. *The Critical Legal Studies Movement*. Harvard : Harvard University Press. 1983.
- MALTHUS, Thomas Robert. *Princípios de economia política : e considerações sobre sua aplicação prática; Ensaio sobre a população. Notas aos princípios de economia política de Malthus/ David Ricardo*. Apres. Ernane Galvêas; trad. Régis de Castro Andrade, Dinah de Abreu Azevedo e Antonio Alves Cury. Coleção Os Economistas. São Paulo : Abril Cultural. 1983.

- MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Trad., introd. e notas Antonio D'Elia. São Paulo : Cultrix., 1995.
- MÁRIO MASAGÃO, *Curso de Direito Administrativo*. 6. Ed. São Paulo: Ed. da RT. 1977.
- MARCHALL, John. *Egalitarianism and the General Happiness*. in Harlan B. Miller e William H. Williams . eds. *The Limits of Utilitarianism*. Minneapolis : University of Minesota Press. 1982.
- MARSHALL, Alfred . *Princípios de Economia : tratado introdutório*. Trad. e rev. Rômulo de Almeida e Ottolmy Strauch. introd. Ottolmy Strauch. Coleção os Economistas. São Paulo : Abril Cultural, 1982.
- _____. *Principles of Economics*. 8ª ed. London: Macmillan & Co., 1956.
- MARX, Karl . *Para a crítica da economia política : Salário, preço e lucro; O rendimento e suas fontes : a economia vulgar*; Coleção Os Economistas. introd. Jacob Gorender. trad. Edgar Malagodi *et alli*. São Paulo : Abril Cultural, 1982.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro : Forense. 1995.
- MERCURO, Nicholas. *Law and Economics*. Boston : Kluwer Academic Publishers. 1989.
- _____. e RYAN, Timothy. *Law , Economics and Public Policy*, JAI Press. 1984.
- MILL, John Stuart. *A sistem of logic, An examination of Sir William Hamilton's philosophy; On the definition of political economy and on the method of investigation proper to it*. Coleção Os Pensadores. v. XXXIV. São Paulo : Abril Cultural. 1974.
- _____. *Princípios de Economia Política: com algumas de suas Aplicações à Filosofia Social*. Introd. W.J Ashley, apres. Raul Eckerman e trad. Luiz João Baraúna. Coleção Os Economistas. São Paulo : Abril Cultural. 1983.
- MISHAN, E.J. *Análise de Custos - Benefícios : uma introdução Informal*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro : Zahar, 1976.
- _____. *Elementos de Análise de Custos - Benefícios*. Trad. Donaldson M. Garschagen. Rio de Janeiro : Zahar, 1976.
- MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. The Bobbs - merrill Co. Indianapolis, 1971.
- MINDA, Gary. *Los Movimientos del Derecho y la Economía y de los Estudios Jurídicos Críticos en el Derecho Norteamericano* in MERCURO, Nicholas. *Law and Economics*. Boston : Kluwer Academic Publishers. 1989. p.121.
- MINOW, Martha. L. *Law Turning Outward*, Telos. v. 73. 1987.
- MONCADA, Luís S. Cabral de . *Direito Económico* . 2. ed. rev. e atual. Coimbra : Coimbra Editora. 1988.
- MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Coleção Os Pensadores. v. XXI. São Paulo : Abril Cultural, 1973.
- MOORE, G.E. *Principia Ethica*. Cambridge : Cambridge University Press. 1980.
- MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. Lisboa : Centelha, 1978.
- _____. *Economia e Constituição*. Coimbra : Faculdade de Direito, 1974.
- MONTCHRETIEN, Antoine de. *Traité de l'Économie Politique*. Paris,. 1615.
- MONTORO FILHO, André Franco. *et alli*. *Manual de Economia*. São Paulo : Saraiva, 1988.
- MUELLER, Dennis C. *Public Choice*. Cambridge University Press, 1979.
- NASCIMENTO, Tupinambá M. C. do. *A ordem econômica e financeira e a nova Constituição*. Rio de Janeiro : Aide Arts 170 a 192, 1989.
- NETO, A.L. Machado e NETO, Zahide Machado. *O Direito e a vida Social*. Leituras básicas de sociologia jurídica. Biblioteca Universitária, série 2ª, v. 18. São Paulo : Companhia Editora Nacional Editora da USP. 1966.
- NUSDEO, Fábio . *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 1995.

- OTERO DIAS, Carlos. *Una investigación sobre la influencia de la economía en el derecho*. Madrid : Instituto de Estudios Políticos . Artes Gráficas Marisal, 1966.
- PACHECO, Pedro Mercado. *El Análisis Económico del Derecho. una reconstrucción teórica*. Colección El Derecho y la Justicia. Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1994.
- PACHUKANIS, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*. 3^a ed. 1970.
- _____. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. trad. Silvio Donizete Chagas. São Paulo : Acadêmica, 1988.
- PALEY, William. *The Principles of Moral and Political Philosophy* in D.D. Raphael Comp. *British Moralists. 1650-1800*. Oxford : Clarendon Press. 1969, Tomo II, pp. 258-261.
- PALMER, Richard E. *Hermenêutica* . Rio de Janeiro : Edições 70. 1989.
- PARETO , Vilfredo . *Manual de Economia Política*. Trad. João Guilherme Vargas Neto. Coleção Os Economistas. São Paulo : Abril Cultural, 1984.
- PARFIT, Derek. *Reasons and Persons*. Oxford : Clarendon Press, 1984.
- PEREIRA, Afonso Insuela. *O direito econômico na ordem jurídica*. 2^a ed. São Paulo : Bushatsky, 1980.
- PIGOU, A.C. *The Economics of Welfare*. 4^a ed. 1932.
- _____. *La Economía del Bienestar*. Trad. de F. Sanchez Ramos e Manuel de Torres. Madrid : Aguillar, 1946.
- PINDYCK, Robert S. e RUBINFELD , Daniel. *Microeconomia*. Trad. Pedro Catunda; rev. téc. Roberto Luis Troster. São Paulo : Makron Books, 1994.
- PINHO, Diva Benevides. Coord. *et alli*. *Manual de Economia*. Rev. tec. Marco Antonio Sandoval de Vasconsellos. 1^aed. São Paulo : Saraiva .1988.
- POLINSKY. A. Mitchell. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Barcelona : Ariel Derecho, 1985.
- POSNER, Richard A. *Antitrust Law : An Economic Perspective*. Chicago : University of Chicago Press, 1976.
- _____. *A Theory of Negligence*. 1.J. Legal Studies 29, 1972.
- _____. *Taxation by Regulation*. 2 Bell J. Econ. & Management Sci. 335, 1974,
- _____. *The Decline of Law as an Autonomous Discipline : 1962-1987*. *Harvard Law Review*. v. 100. n° 4 fev. 1987. pp. 766-768.
- _____. *Economic Analysis of Law*. Boston : Little Brown, 1977.
- _____. *The Economic of Justice*. Cambridge : Harvard University, 1981.
- _____. *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*. In : Kupperberg, Mark ; Beitz, Charles. *Law Economics and Philosophy. A Critical Introduction with Applications to the Law of Torts*. Totowa, New Jersey : Roman and Allan Held, 1983.
- _____. *The Law and Economics Movement*. Documentos e Atas da Assembléia XCV da Associação Americana : conferência ditada por Richard T Ely contida na *American Economia Review*, maio de 1987.
- _____. *The Value of Wealth : a Reply to Dworkin and Kronman*. Legal Studies. n 9, 1980.
- _____. *The Present Situation in Legal Scholarship*. The Yale Law Journal. v. 90. 1981.
- _____. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge : Harvard University, 1990.
- _____. *The Social Costs of Monopoly and Regulation*, 83 J. Pol. Econ. 807, 1975.
- _____. *Utilitarianism , Economics and Justice Theory*. Legal Studies, n 103, 1979.
- _____. e C. West. *The American Evasion of Philosophy : A Genealogy of Pragmatism*. 5. 1989.

- _____. e. SCOTT, Kenneth E. *Economics of Corporation Law and Securities Regulation*. Boston : Little Brown, 1980.
- POPPER, Karl. R. *La sociedad Abierta y sus enemigos*. Buenos Aires : Paidós, 1981.
- POULANTZAS, Nicols. *O Estado, O Poder, O Socialismo*. Trad. Rita Lima. 3^a ed. Rio de Janeiro : Graal, 1990.
- POUND Roscoe. *The Economic Interpretation and the Law of Torts*. *Harward Law Review*, v. 53, n°3, Jan. 1940, pp. 366-367.
- _____. *Introdução à Filosofia do Direito*. trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar. 1965.
- _____. *Las grandes tendencias del pensamiento juridico*. trad. Jose Puig Brutau. Barcelona : Ariel. 1946.
- PRICE, Richard. *A review of the Principal Questions in Morals* in D.D. Raphael Comp. *British Moralists*. 1650-1800. Oxford : Clarendon Press. 1969, Tomo II. p. 181.
- PURCELL, Edward. A. *The Rise of Legal Realism, The Crisis of Democratic Theory*, *University of Kentucky Press*, 1973.
- QUEIROS, José Wilson Nogueira de. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro : Forense, 1982.
- QUESNAY, François. *Quadro Econômico*. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian. 1969.
- RADBRUCH G. *Rechtsphilosophie*. 8^a ed. 1973.
- RANGEL COUTO, Hugo. *La Teoria Económica y el Derecho*. México : Porruá, 1980.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Carlos Pinto Correia. Lisboa : Ed. Presença, 1993.
- _____. *A theory of justice*. Oxford : Oxford University Press, 1980.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 16^a ed. São Paulo : Saraiva, 1994.
- RENAN, Ernest. *Vida de Jesus. Origens do Cristianismo*. São Paulo : Martin Claret, 1995.
- REICH, Norbert. *Mercado y Derecho : Teoria y praxis del derecho económico en la República Federal Alemana*. Prólogo Eduardo Galán Corona, trad. e notas Antoni Font. Barcelona : Ariel. 1985.
- RICARDO, David. *Princípios de Economia Política e Tributação*. Introd. Piero Sraffa, apres. Paulo Singer, trad. Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. Coleção Os Economistas. São Paulo : Abril Cultural, 1983.
- _____. *Principles of Political economy and taxation*. Org. Piero Sraffa. Cambridge University Press. 1953.
- RILEY, Jonathan, *Liberal Utilitarianism*. Cambridge University Press. 1988.
- ROEMER, Andrés. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Trad. José Luis Pérez Hernandez. México : Fondo de Cultura Económica, 1994.
- ROSS, David. *Fundamentos de ética*. Buenos Aires : EUDEBA. 1972.
- ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à Economia*. 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Atlas, 1990.
- ROWLEY K. Charles. *Public Choice and the Economic Analysis of Law in MERCURO*, Nicholas (comp.) *Law and Economics*, Kluwer Academic Publishers. 1989.
- RUSSEL, Bertrand. *A autoridade e o individuo*. trad. Agenor Soares Santos. São Paulo: Nacional. 1956.
- SALDANHA, Néilson. *Ordem e Hermenêutica : sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo , principalmente no direito*. Rio de Janeiro : Renovar, 1992.
- _____. *Sociologia do Direito*. 3 ed. rev. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1989.
- _____. *Estudos de Teoria do Direito*. Belo Horizonte : Del Rey. 1994.
- SALVATORI, Dominick. *Microeconomia*. Trad. Eduardo P. Hingst e Danilo A. Nogueira; rev. téc. Sandra de Negraes Brisolla, 1940.

- SAMUELSON, Paul Anthony. *Introdução à Análise Econômica*. 8ª ed. Rio de Janeiro : AGIR, 1975.
- SANTOS, António Carlos ; GONÇALVES, Maria Eduarda ; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Econômico*. Coimbra : Livraria Almeida Coimbra. 1991.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós modernidade*. São Paulo : Cortez, 1995.
- SANTOS PASTOR, *Sistema Jurídico y Economía : Una Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Madrid : Ed. Tecnos, 1989.
- SAY, Jean Baptiste. *Tratado de Economia Política*. Coleção Os Economistas. São Paulo : Abril Cultural, 1983.
- SCHÄFER CLAUS OTT, Hans-Bernd. *Manual de Análisis Económico del Derecho*. Madrid : Ed. Tecnos, 1991.
- SCHLEGAL, John H. *Notes Toward an Intimate, Opinionated and Affectionate History of The Conference on Critical Legal Studies*. Stanford Law Review. v. 36. nº 1 e 2. Jan de 1984.
- SCHMID, Allan A *Law and Economics: An Institutional Perspective in MERCURO*, Nicholas. *Law and Economics*. Boston : Kluwer Academic Publishers. 1989.
- SCHMITT, Carl . *Teoria de La Constitución*. Madrid : Editotial Revista de Derecho Privado, 1927.
- SCHUMPETER, Joseph A. *História del Análisis Económico*. Trad. Lucas Mantilla México : Fondo de Cultura Económico, 1984.
- SCHWARTZ, Louiz B. *With Gun and Camera Through Darkest CLS - Land*. Stanford Law Review. v. 36, nº 1, Jan. 1984.
- SEN, Amartya. *Utility. Ideas and Terminology, Economics and Philosophy*, 7. 1991.
- SENIOR, Nassau William. *An Outline of the Science of Political Economy*. 6ª ed. Library of Economics. 1872.
- SELDON, Arthur e PENNANCE, F.G. *Dicionário de Economia*. Trad. Nelson de Vicenzi. Rio de Janeiro : Edições Bloch, 1969.
- SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge : Harvard University Press, 1987.
- SIDGWICK, Henry. *The Methods of Ethics*. 7ª ed. Londres : Mac Millan, 1962.
- SIEYÈS. ? *Que és el tercer estado ?*. Trad. Francisco Ayala. Madrid : Aguilar, 1973.
- SILVA, Américo Luís Martins da. *A Ordem Constitucional Econômica*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1996.
- SILVA, Benedicto (Coord.). *Dicionário de Ciências Econômicas*. Rio de Janeiro : MEC/FGV, 1986.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8ª ed. rev. São Paulo : Malheiros, 1992.
- _____, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1968.
- SLOTE, Michael. *Moderation, Rationality and Virtue in Sterling McMurrin ed., The Tanner Lectures on Human Values*, Vol. VII, Cambridge University Press, 1986.
- SMITH , Adam. *The Theory of Moral Sentiments*. Indianópolis : Liberty Classics, 1976.
- _____. *The Wealth of Nations*. Ed. Cannan, 1976.
- _____. *A Riqueza das Nações : investigação sobre sua natureza e suas causas*. Introd. Edwin Cannan. Apres. Winston Fritsh. Trad. Luiz João Baraúna. Coleção Os Economistas. São Paulo : Abril Cultural, 1983.

- SOUZA, Washington Peluso Albino de, *Conflitos Ideológicos na Constituição Econômica. In Revista Brasileira de Estudos Políticos*. n. 74/75. Belo Horizonte : Universidade Federal de Minas Gerais. jan./ jul., 1992.
- _____, *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. Série Manuais .n. 1. Belo Horizonte : Fundação Brasileira de Direito Econômico, 1977.
- _____, *Direito Econômico e Economia Política*. Belo Horizonte : Prisma Editora Cultural. s/d.
- _____, *Direito Econômico*. São Paulo : Saraiva. 1980.
- STAKELBERG, H. F. *Principios de Teoría Económica*. Madrid : Instituto de Estudios Políticos, 1946.
- STAMMLER, R. *Economia y Derecho. La concepción Materialista de la Historia: una investigación filosófico social*. Madrid : Editorial Réus, 1929.
- STEPHEN, Frank H. *Teoria Econômica do Direito*. São Paulo : McGraw Hill, 1993.
- STIGLER, George J. *The Theory of Price*. 4ª ed. New York : Macmillan Publishing Company, 1987.
- _____, *The Economics of Minimum Wage Legislation*, 36 Am. Econ. Rev. 358, 1946.
- _____, *The Optimum Enforcement of Laws*. 78 J. Pol. Econ. 526 ,1970.
- _____, *The Organization of industry*, chs 5-10, 21, 1968
- _____, *The Theory of Economic Regulation* , 2 Bell J. Econ. & Management Sci. 3, 1971.
- _____. *The Economics of Information*. *Journal of Political Economy*. v. 69, nº 3, jun. 1961, pp. 213-225.
- STONIER, A. W. e HAGUE D. C. *Teoria Econômica*. Trad. Cassio Fonseca. 7ª ed. rev. Rio de Janeiro : Zahar, 1975.
- STUCKA, P.I. *Revolucionnaja rol'prova i gosudarsiva*. Moscou. 1921.
- STUMM, Raquel Denize . *Princípio da proporcionalidade : no Direito Constitucional Brasileiro* . Porto Alegre : Livraria do Advogado , 1995.
- TEIXEIRA, José Horácio Meirelles . *Curso de direito constitucional* . Rio de Janeiro : Forense Universitária . 1991.
- TELES JUNIOR , Alcides . *Discurso, Linguagem e Justiça* . São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais ,1986.
- TORRES LÓPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho*. Madrid : Tecnos, 1987.
- TRIMARCHI, Pietro. *Causalità e Danno*. Milano : Giuffrè, 1967.
- _____, *Rischio e Responsabilita Oggetiva*. Milano : Giuffrè. 1961.
- TULLOCK, Gordon. *The Politics of Bureaucracy*. Public Affairs Press. 1965
- _____. *Law and Public Choice : A Critical Introduction*. The University of Chicago Press, 1991,
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan . *Metodologia Jurídica*. Madrid: Ed. Civitas. 1988.
- VAZ, Izabel *Direito Econômico das Propriedades*. 1ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1992.
- _____. *Direito Econômico da Concorrência*. 1ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1993.
- VENANCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, 1968.
- VIDIGAL, Geraldo . *Teoria Geral do Direito Econômico* . São Paulo : Revista dos Tribunais, 1977.
- WALRAS, Léon. *Compêndio dos Elementos de Economia Política Pura*. Apres. Dionísio Dias Carneiro Netto; trad. João Guilherme Vargas Netto; Coleção Os Economistas. São Paulo : Abril Cultural, 1983.
- WARAT, Alberto Luis. *A pureza do poder : uma análise crítica da teoria jurídica* . Florianópolis : Ed. da UFSC. 1983.

- _____. *El Derecho y su Lenguaje: Elementos para una Teoría de La Comunicación Jurídica*. Buenos Aires : Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. 1976.
- _____. *Introdução Geral ao Direito I.: Interpretação da Lei temas para uma reformulação*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris . 1994
- _____. _____. *A epistemologia Jurídica da Modernidade*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris . 1995.
- _____. *Mal-estares de um final de milênio*. REVISTA SEQUÊNCIA, Florianópolis: UFSC, n. 25, dez., 1992.
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade : fundamentos da Sociologia compreensiva*. Trad. de Régis Barbosa e Karen E. Barbosa, rev. téc. Gabriel Cohn. 3ª ed. Brasília : Ed. da UNB, 1994.
- _____. *Economía Y Sociedad: Esbozo de sociología comprensiva*. Trad. espanhola de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez e José Ferrater Mora. México : Fondo de Cultura Económica. 1992.
- _____. *A ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. 9ª ed. Trad. Irene de Q. F. Szmrecsányi. São Paulo : Pioneira, 1994.
- _____. *História Geral da Economia*. Trad. Calógeras A Pajuaba. São Paulo : Mestre Jou., 1968.
- _____. *O político e o cientista*. Trad. Carlos Grifo Babo. Lisboa : Editorial Presença, 1979.
- WEFFORT, Francisco. *Por que Democracia ?* 4. ed. São Paulo : Brasiliense . 1986.
- WILLIAMSON, Oliver E. *Managerial Discretion and Business Behavior*. *American Economic Review*, v. 53. dez. 1963.. pp. 1032-1057.
- _____. *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications. A Study in the Economics of Internal Organization*. Collier Macmillan. 1975.
- WOLKMER, Antonio Carlos . *Pluralismo Jurídico - Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito*. São Paulo : Alfa-Omega, 1995.
- WONNACOTT, Paul e WONNACOTT, Ronald. *Economia*. Trad. e rev. téc. Celso Seiji Gondo, Antonio Martins Cortada e Jayme Fonseca Francisco Junior. 2ª ed. São Paulo : Makron Books, 1994.

Nunca se protele o filosofar quando se é jovem, nem canse o faze-lo quando se é velho, pois que ninguém é jamais pouco maduro nem demasiado maduro para conquistar a saúde da alma. E quem diz que a hora de filosofar ainda não chegou ou já passou assemelha-se ao que diz que ainda não chegou ou já passou a hora de ser feliz¹⁴.

¹⁴ EPICURO, *Antologia de Textos*; EPICURO, *Da natureza*; TITO LUCRÉCIO CARO, *Da República*; MARCO TÚLIO CÍCERO, *Consolação a minha mãe Hélvia*; *Da tranquilidade da alma*, *Medéia*; *Apocoloquintose do Divino Cláudio*; MARCO AURÉLIO, *Meditações*; *Coleção Os Pensadores*; traduções e notas de Agostinho da Silva, Amador Cisneiros, Giulio Davide Leoni, Jaime Bruna; estudos introdutórios E. Joyau e G. Ribbeck. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 13.